Besitz- und Rechtsverhältnisse des Frachtguts bei der Versendung.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät der
Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Martin Höher
Referendar.

Hirschberg i. Schl.
Schlesische Verbandsdruckerei G. m. b. H.
1927.

Von der Juristischen Fakultät als
Dissertation angenommen im Februar 1927.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.



Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher und Kommentare des bürgerlichen Rechts.

Biermann, Sachenrecht 1914.
Dernburg, Sachenrecht 1908.
Endemann, Sachenrecht 1905.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil 1923. Schuldverhältnisse 1922.
v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht 2. Bd. 1905. 3. Bd. 1917.
Goldmann-Lilienthal. Das Bürgerliche Gesetzbuch, Sachenrecht 1912.
Kretschmar, Sachenrecht 1906.
Leonhard, Bürgerliches Recht 1923.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1914.
Planck, Kommentar zu B.G.B., Schuldverhältnisse I. 1914, II. 1925. Sachenrecht 1920.
Reichsgerichtsräte, Kommentar der, 1921.
Rosenberg, Sachenrecht 1919 (Hölder).
Siméeon, Recht und Rechtsgang I. 2. 1920.
v. Staudinger, Kommentar 1912.
v. Tuhr, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts 1914—1917 in Bindings Handbuch.
Windscheid, Pandekten 9. Aufl. herausgegeben von Kipp 1906.
Wolff, Sachenrecht 1923.

II. Lehrbücher und Kommentare zum Handelsrecht.

Cosack, Lehrbuch 7. Aufl. 1912, 8. Aufl. 1920.
Düringer-Hachenburg, Kommentar 3. Bd. 1913.
Eger, Das deutsche Frachtrecht, 1879.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch 3. Bd. 1906.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 2. Aufl. 1875.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch 2. Bd. 1901.
Lehmann, Lehrbuch, 2. Aufl. 1912.
Makower, Handelsgesetzbuch 2. Bd. 13. Aufl. 1907.
Ritter, Kommentar 1910.
Rundnagel, Beförderungsgeschäfte in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts V. 2. 1915.
Staub, Kommentar 2. Aufl. 1921 (Könige Pinner, Bondi).
Wolff, Gegenstände des Handelsrechts in Ehrenbergs Handbuch IV. 1.

III. Einzelabhandlungen.

1. Bruns, Viktor, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 1910.
1. Dieckhoff, In welchem Zeitpunkt geht bei der Versendung Besitz und Eigentum über? Marb. Diss. v. 1906.
Ebbecke, Uebersendung und Uebereignung beim Kaufgeschäft. Recht 1919 S. 304.
Emge, Vollzugsort. Marb. Dess. v. 1910.
v. Gierke, Die Bedeutung des Fährnisbesitzes für streitiges Recht 1897.
Gärtner, Besitzwechsel an Frachtgut, Diss. 1912.
Hellhof, Besitz- und Eigentumsübergang im Falle der Versendung, Diss. 1903.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Joerges, Zur Lehre vom Eigentumsübergang J. W. 1921 S. 329.
Kluckhohn, Verfügungen zu Gunsten Dritter 1914.
Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900.
Kolwey, Die rechtliche Stellung des Empfängers im Frachtgeschäft, Diss. 1910.
Kreß, Besitz und Recht 1909.

Last, Fragen der Besitzlehre, Iherings Jahrbücher für Dogmatik 63, 71.
Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899.
Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort 1907 dazu Fischer Z.H.R. 68, 498 ff. Oertmann Seuff. Bl. 73 S. 385 ff.
Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, Diss. 1905.
Przibilla, Iherings Jahrb. für Dogm. 50 S. 383 ff.
Riezler, Der Werkvertrag 1900.
Rohde, Studien im Besitzrecht, Bd. 2 1913.
Rosenberg, Verträge zu Gunsten Dritter im Sachenrecht, D.J.Z. 1912 S. 541 ff.
Schröder, Der Eigentumsübergang bei versendeten Sachen in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 51 S. 39 ff.
Schwarz, Die Stellung des Frachtführers zum Absender und Empfänger, Diss. 1915.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts in Festgabe für Koch 1903 S. 205 ff.
Senckpiehl, Die Ablieferung im Frachtverkehr in Zeitschrift für Verkehrswissenschaft Bd. 1 Heft 4 S. 42 ff. Heft 5 S. 1.
Siber, Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht in Festgabe für Sohm 1915.
Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung in Archiv für bürgerliches Recht 28 S. 173 ff.
Stintzing, Die Uebertragung beweglicher Sachen 1911.
Stöver, Einigung im Sachenrecht, Archiv für bürgerliches Recht 26 S. 149 ff.
Strohal, Der Sachbesitz nach B.G.B. Ihering Jahrbücher 38 S. 1 ff.
Wendt, Der mittelbare Besitz, Archiv für zivil. Praxis 87, 40.
Wolff, Mitbesitz im bürgerlichen Recht. Iherings Jahrb. 44 S. 159.

Sammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Neumanns Jahrbuch des Deutschen Rechts.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.
Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts (Ergänzungsband).
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht.

Einleitung.

§ 1. Begriff der Versendung.

Versendung ist derjenige Vorgang, durch den eine Sache eine Ortsveränderung erleidet, eine Beförderung, bei der die Transportperson den Besitz der Sache bekommt. Die Beförderung muß also, um unter den Begriff der Versendung zu fallen, durch eine vom Absender und Empfänger unabhängige und selbständige Person erfolgen. Verschickt der Verkäufer die Sache durch einen seiner Leute, oder läßt sie der Käufer durch einen der seinen abholen, dann liegt eine Versendung nicht vor[1]). Die Besitz- und Rechtsverhältnisse in diesem Falle, der zum Unterschied von der Versendung als Ueberbringen bezw. Abholen bezeichnet wird, bieten keine Besonderheit. Diese abhängigen Leute sind jeweils Besitzdiener ihres Herrn, dieser selbst also ist allein Besitzer der Sache (§ 855 G.B.G.). In dem Fall, wo der Verkäufer das Gut überbringen läßt, bleibt er so lange Besitzer, bis der Besitzdiener das Gut dem Empfänger aushändigt. Mit der Aushändigung ist zugleich auch der reale Bestandteil der Uebereignung gegeben — wenn ein solche der Zweck des Ueberbringens ist — nämlich die Uebergabe, die nun, wenn die Einigung vorhergegangen ist oder gleichzeitig erfolgt, indem der Besitzdiener als Bote oder Stellvertreter die Einigungserklärung abgibt, mit dieser zusammen den Eigentumsübergang bewirkt. Im Falle der Abholung durch eine abhängige Person des Käufers tritt dessen Besitz- und Rechtserwerb bereits ein, wenn seinem Besitzdiener das Gut übergeben wird. Der Besitzdiener ist jeweils nur der verlängerte Arm seines Besitzherrn.

Im folgenden sollen die Besitz- und Rechtsverhältnisse in ihrer Veränderung, die sie im Verlauf der Versendung erleiden, verfolgt werden. Unerörtert werden jedoch bleiben wegen der geringen Bedeutung, die sie für das Verkehrsleben haben, 1. der Fall der Versendung durch eine vom Absender und Empfänger unabhängige Person, die aber nicht Frachtführer ist, z. B. weil sie aus der Beförderung von Gütern kein Gewerbe macht (§ 425 H.G.B.); 2. der Fall der Beförderung durch einen Frachtführer, die dieser außerhalb seines Gewerbebetriebes vornimmt. Die Darstellung wird also die dingliche Rechtslage nur der Fälle der Versendung umfassen, deren obligatorische Rechtslage in den §§ 425 ff. H.G.B. geregelt ist, wo also die Beförderung des versendeten Gutes durch Frachtführer im Rahmen ihres Gewerbebetriebs erfolgt. Obwohl so das Thema eng begrenzt ist, sind doch mannigfache Verschiedenheiten der Rechtslage bei der Versendung zu berücksichtigen. Eine tiefgreifende Verschiedenheit zeigt sich, je nachdem der Frachtführer vom Absender oder vom Empfänger seinen Auftrag zur Beförderung erhalten hat. Von diesem Unterschied soll zunächst ausgegangen werden

---

[1]) R.G.K. § 447, 2b.

1. Hauptteil.

Versendung durch einen vom Empfänger beauftragten Frachtführer.

§ 2. Die Besitzverhältnisse.

Drei Personen sind bei der Versendung beteiligt, der Empfänger, für den das Gut bestimmt ist, der Absender, der es besitzt, und der Frachtführer, der es von einem zum andern befördern soll. Die obligatorische Rechtslage ist einfach, der Frachtführer steht zum Empfänger im Vertragsverhältnis (§ 425 H.G.B., 631 B.G.B.), nicht zum Absender. Es fallen daher in der obligatorischen Regelung der §§ 425 ff H.G.B. alle Rechte des Absenders weg, es fällt weg die komplizierte Verteilung der Rechte zwischen Absender und Empfänger. Letzterer vereinigt in seiner Person die ganze Machtfülle, die sonst zwischen Absender und Empfänger geteilt ist. Entsprechend ist die Besitzregelung:

Zunächst ist der Absender unmittelbarer Alleinbesitzer. Die Uebergabe des Gutes an den Frachtführer ist der Akt, der die Beförderung einleitet. Uebergabe das ist: Uebertragung des unmittelbaren Besitzes. Der Frachtführer ist also jetzt unmittelbarer Besitzer. Das ist unzweifelhaft, sonst läge eine Versendung durch Frachtführer überhaupt nicht vor. Es gehört zum Begriff des Frachtvertrages, daß der Frachtführer das Gut in „Obhut" hat. Obhut bedeutet aber dasselbe wie unmittelbarer Besitz. Die Besitzerstellung des Frachtführers folgt auch aus § 440 H.G.B., der in Absatz 2 direkt von Besitz des Frachtführers spricht. Seine Besitzstellung ist also klar, er ist alleiniger unmittelbarer Besitzer.

Der Absender, der sich durch die Uebergabe des unmittelbaren Besitzes entäußert hat, hat auch nicht den unmittelbaren Besitz zurückbehalten. Zwischen ihm und dem Frachtführer besteht keinerlei Rechtsverhältnis, das als Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 B.G.B. den Absender zum mittelbaren Besitzer machen könnte.

Dagegen besteht ein solches zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger, der den Frachtführer ja beauftragt hat. Das Verhältnis ist kein Auftrag im technischen Sinne, sondern eben ein Frachtvertragsverhältnis. Dieses ist als Sonderart des Werkvertrags unbestritten ein den im § 868 genannten Rechtsverhältnissen ähnliches, also geeignet, den Werkherrn zum mittelbaren Besitzer zu machen. [2]) In demselben Augenblick also, wo der vom Empfänger beauftragte Frachtführer unmittelbarer Besitzer des Gutes wurde, ist der Empfänger mittelbarer Besitzer geworden. Dieses Verhältnis nun, daß der Auftraggeber durch die Tätigkeit seines Beauftragten mittelbarer Besitzer wird, ist bisweilen als Besitzerwerb durch Stellvertreter bezeichnet worden. Mit Unrecht: Es liegt weder Vertretung beim Besitzerwerb in dem Sinne vor, daß der Mittler den Auftraggeber im Erwerb des unmittelbaren Besitzes verträte, noch in dem Sinne, daß der Erwerb des mittelbaren Besitzes seitens des Auftraggebers etwa auf eine von ihm dem Beauftragten erteilte Vollmacht zurückzuführen wäre, der Auftraggeber also als sein Stellvertreter beim Erwerb des mittelbaren Besitzes tätig würde.

---

[2]) Leonhard, Vertretung S. 60.

Ersteres ist nicht der Fall, weil das unmittelbare Herrschaftsverhältnis zur Sache, das das Gesetz als unmittelbaren Besitz bezeichnet, ganz allein in der Person des Mittlers besteht und jedes Mittel fehlt, die Besitzwirkungen auf die Person eines anderen zurückzuführen. Ein solches Mittel, das im früheren Recht vorhanden war, fehlt jetzt, weil das B.G.B. den rechtsgeschäftlichen Willen als Begriffsmerkmal des Besitzes nicht mehr anerkennt.[3]) Die Besitzwirkungen treten ein unabhängig vom Willen der beteiligten Personen; der Beauftragte kann daher nicht etwa durch seinen Willen bewirken, daß der unmittelbare Besitz an der Sache, die er in seiner Gewalt hat, dem Auftraggeber zusteht, und daß er selbst diesen Besitz nur in dessen Vertretung erwürbe.

Aber auch beim Erwerb des mittelbaren Besitzes durch den Auftraggeber kann von Stellvertretung keine Rede sein. Aus dem schon angeführten Grunde, weil nämlich der rechtsgeschäftliche Wille beim Besitz nicht maßgebend ist, hat dabei die Vertretung grundsätzlich keinen Platz. Es sind zwar gewisse Ausnahmen von diesem Grundsatz erkennbar. So wird der Besitzerwerb durch einen Besitzdiener wenigstens als ein der Vertretung ähnliches Rechtsgebilde zu bezeichnen sein. Das wird auch allgemein angenommen[4]). Die Besitzwirkungen treten hier für und gegen den Vertretenen ein. In Wirklichkeit ist es keine Vertretung, weil auch hier die Besitzwirkungen unabhängig vom Willen der beteiligten Personen eintreten[5]).

Dagegen gibt es einige wenige Fälle, wo wirklich Vertretung zulässig ist. Der eine ist bei Besitzerwerb nach § 854 II B.G.B. Da hier ein Vertrag vorliegt, spielt der rechtsgeschäftliche Wille eine Rolle, damit ist auch die Möglichkeit der Vertretung gegeben. Freilich ist auch hier erforderlich, daß der Vertretene selbst in der Lage sei, die tatsächliche Gewalt auszuüben; nicht genügt, daß dies beim Vertreter der Fall ist[6]). Ferner liegt in folgenden Fällen Besitzerwerb durch Vertreter vor: Wenn jemand als Vertreter eines anderen mit Vertretungsmacht die Zession eines aus einem Besitzmittelungsverhältnis entspringenden Herausgabeanspruchs entgegennimmt (§ 870 B.G.B.), so erwirbt er dem Vertretenen zugleich auch den mittelbaren Besitz. Auch bei Begründung eines Besitzmittelungsverhältnisses kann ein Vertreter tätig werden: Wenn A. in meinem Namen mit B. einen Vertrag abschließt, durch den ein Besitzmittlungsverhältnis hergestellt wird, z. B. ein Verwahrungsvertrag, eine Verpfändung. Dabei ist gleichgültig, ob B. sich schon im Besitz der Sache befand, wenn er nur mir noch nicht den Besitz vermittelte; z. B.: B. hat eine mir gehörige Sache gefunden und A. bittet ihn in meinem Namen, sie noch einige Zeit zu verwahren, oder ob B. die Sache erst von A. übergeben wird. Ebenso ist gleichgültig, in welcher Stellung sich A., mein Vertreter beim Abschluß des Rechtsgeschäfts, zu der Sache befindet, ob er Besitzer oder Besitzdiener ist.[7]) Den mittel-

---

[3]) R.G.K. § 854 Anm. 5; von Tuhr II 2 S. 372. Leonhard, Vertretung S. 69 ff.

[4]) Vergl. Leonhard, Vertretungen S. 63.

[5]) Von Tuhr II 2, S. 372, Staudinger-Riezler, § 164 Vorb. 9.

[6]) v. Tuhr, a. a. O.

[7]) Vergl. Woff, Sachenrecht § 14 IV.

baren Besitz, den mir B. fortan vermittelt, habe ich jedenfalls durch A. erworben.

In allen diesen Fällen erfolgt der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch ein Rechtsgeschäft, bei dem der Vertretene auf Grund der Vollmacht, die er dem Vertreter gegeben hat, mittelbarer Besitzer wird. Das ist hier möglich, eben weil der Besitzerwerb die unmittelbare Folge eines Rechtsgeschäfts ist und bei diesem das Mittel vorhanden ist, durch das die Geschäftswirkungen auf einen anderen bezogen werden können: der rechtsgeschäftliche Wille. Das reale Element des Besitzes, z. B. der Herausgabeanspruch (§ 870 B.G.B.) oder die Eigenschaft als Subjekt des durch den Vertreter geschaffenen Besitzmittlungsverhältnisses steht doch immer dem Vertretenen zu und es ist bemerkenswert, daß immer nur eine Vertretung beim Erwerb des Besitzes vorliegt, nicht aber eine Vertretung in der Innehabung selbst, die durchaus dem Vertretenen zufällt. Liegt die Notwendigkeit vor, daß auch die Besitzinnehabung durch andere wahrgenommen werde, z. B. wegen Geschäftsbeschränkung des mittelbaren Besitzers, so ist dafür im B.G.B. die Einrichtung des mehrstufigen mittelbaren Besitzes geschaffen. Grade daraus, daß sich in den vorerwähnten Fällen die Vertretung streng auf den Erwerb des Besitzes beschränkt, leuchtet das allgemeine Prinzip klar hervor: im Besitzrecht grundsätzlich keine Vertretung.

In unserem Fall nun, der den Gegenstand der Untersuchung bildet, wird der Auftraggeber nicht mittelbarer Besitzer durch ein Rechtsgeschäft, das der Beauftragte mit einem Dritten vornähme, sondern er wird es zugleich mit der realen Uebergabe der Sache an den Beauftragten, und zwar auf Grund des schon früher erteilten Auftrages. Ob daneben der Beauftragte mit Vollmacht zum Abschluß irgend eines Rechtsgeschäftes versehen ist, und ob er daneben ein solches mit dem Dritten, von dem er die Sache erhält, tatsächlich abschließt, z. B. einen Uebereignungsvertrag abschließt, ist für die Frage, ob der Auftraggeber mittelbarer Besitzer wird, unmittelbar nicht von Bedeutung. Inwieweit es mittelbar doch eine gewisse Rolle spielt, nämlich in der Frage der Kenntlichkeit des Besitzmittelungsverhältnisses, wird noch zu erörtern sein. Fest steht jedenfalls, daß der Auftraggeber mittelbarer Besitzer wird auf Grund des Auftrags und nicht der Vollmacht.[8]) Die Ansicht Przibillas[9]), daß der Erwerb auf Grund des „Vertretungsverhältnisses" erfolge, ist also unrichtig, wenn er damit nicht etwa nur den Auftrag meint, was bei der sich widersprechenden Ausdrucksweise an angeführter Stelle möglich, aber durch die Eingliederung dieses Falles unter die Fälle des Besitzerwerbs durch Stellvertreter unwahrscheinlich gemacht wird.

Die Annahme einer Vertretung ist dadurch ausgeschlossen, daß der Erwerb des mittelbaren Besitzes nicht von dem Willen der beteiligten Personen abhängt. Auch eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. B.G.B.[10]) kann nicht für zulässig erachtet werden, da der Fall durchaus nicht entsprechend liegt. Für die Stellvertretung ist charakteristisch, daß

---

[8]) Leonhard, Vertretung S. 72; Wolff, Sachenrecht § 14, Anm. 8.
[9]) Przibilla, Dogm. Jahrb. 50, S. 323 ff, insbes. 332.
[10]) so Planck-Flad § 162, 1 f.

infolge der Vertretung diejenigen Wirkungen in der Person des Vertretenen eintreten, die beim Handeln im eigenen Namen in der Person des Handelnden selbst eintreten würden. Das paßt auf unseren Fall, wo zugleich der eine unmittelbarer, der andere mittelbarer Besitzer wird, nicht. Es liegt bei der vollkommenen und befriedigenden Regelung, die der Fall im § 868 B.G.B. erfahren hat, auch gar kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. vor. Die jetzige Regelung ist viel vorteilhafter, als wenn hier eine Vertretung im Besitz stattfände.[11]) Bei Vertretung wäre nur der Vertretene Besitzer. Hier aber ist aber auch der angebliche Vertreter, der Beauftragte mit allen Besitzbefugnissen ausgestattet, er kann sofort den Besitzschutz ausüben, zu dem der Auftraggeber oft erst in der Lage wäre, wenn es zu spät ist. Auch für den Mittler ist seine Besitzerstellung vorteilhafter, er genießt Schutz gegenüber dem Besitzherrn.

Nun scheint aber die Ansicht, daß hier ein Fall des Besitzerwerbs durch Vertreter vorliege, weit verbreitet zu sein, da viele Autoren bei der Frage, ob bei Abholung einer Sache durch einen Beauftragten des Empfängers der Auftraggeber mittelbarer Besitzer werde, darauf abstellen, ob der Beauftragte namens des Auftraggebers oder in eigenem Namen tätig geworden sei. Es ist oben gezeigt worden, daß der Beauftragte beim Besitzerwerb nicht im Namen eines andern handeln kann, der Auftraggeber den mittelbaren Besitz nicht auf Grund einer Vollmacht erwirbt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich auch, daß diese Autoren nur den Fall im Auge haben, daß der Beauftragte zugleich für seinen Auftraggeber Eigentum erwirbt; und nun die Vertretung beim Eigentumserwerb und die Besitzfragen wenigstens in ihrer Ausdrucksweise nicht genügend auseinanderhalten.[12]) Wenn man dies beachtet, dann ergibt sich folgende Ansicht: Wird der Beauftragte beim Eigentumserwerb im Namen des Auftraggebers tätig, so wird dieser einmal Eigentümer der Sache, zugleich aber wird er auch mittelbarer Besitzer. Handelt dagegen der Beauftragte beim Eigentumserwerb in eignem Namen, wird er also selbst Eigentümer, dann wird der Auftraggeber auch nicht mittelbarer Besitzer. Er kann es eventuell durch nachträgliche Handlung des Beauftragten werden, durch die dieser zu erkennen gibt, daß er fortan für ihn besitzen wolle. Das muß aber eine Handlung sein, die den Mittler bindet.[13]) Diese Ansicht ist, so seltsam es zunächst anmutet, daß vom Handeln des Beauftragten in eigenem oder fremden Namen der Erwerb des mittelbaren Besitzes des Auftraggebers abhängen soll, vollkommen richtig. So ist z. B. bei der Einkaufskommission der Auftraggeber nicht mittelbarer Besitzer des Gutes, da der Kommissionär ja in eigenem Namen handelt. Der Grund für diese Abhängigkeit des Besitzerwerbes vom Eigentumserwerb liegt aber nicht darin, daß der Beauftragte, wie er je nachdem das Eigentum in eigenem Namen oder im Namen des Auftraggebers erwirbt, so auch beim Besitzerwerb als Vertreter tätig sei, sondern der Grund liegt darin, daß nur im letzten Falle ein Besitzmittelungsverhältnis vorliegt.

---

[11]) Leonhard, Vertretung S. 79.

[12]) So Planck § 868, 2 b Abs. 3. Staudinger § 868 III 3 b. R.G.K. § 868, 5 c.

[13]) Leonhard, Vertretung S. 98.

Nur im letzten Falle hat der Beauftragte den unmittelbaren Besitz der Sache, die er direkt ja vom unbeteiligten Veräußerer erhalten hat, auf Kosten des Auftraggebers erlangt; nur wenn die Sache sofort Eigentum des Auftraggebers wird, gehört sie zu seinem Vermögen und dann hat sie der Beauftragte aus dem Vermögen des Auftraggebers auf Zeit inne. Das ist aber notwendig, wenn dieser als Besitzherr erscheinen soll. Zwar ein Herausgabeanspruch besteht in beiden Fällen, mag der Beauftragte, wie z. B. der Einkaufskommissionär durch Handeln in eigenem Namen für sich Eigentum erworben haben, oder für den Auftraggeber. Aber das genügt nicht, damit bezüglich der Sache ein Besitzmittelungsverhältnis im Sinne des § 868 bestehe. Es muß, wie einmütig anerkannt wird, noch etwas hinzukommen, was den Tatbestand den in § 868 B.G.B. aufgezählten ähnlich macht. Was das sei, darüber streitet man. Oben wurde die Ansicht Leonhards [14]) wiedergegeben, daß die Sache auf Kosten des Oberbesitzers erlangt sein müsse. Die herrschende Meinung fordert, daß der Mittler sein Recht zum Besitz vom Oberbesitzer ableiten muß. Es braucht hier nicht Stellung genommen werden in dieser Streitfrage. Auch sein Recht zum Besitz leitet der Mittler nur dann vom Auftraggeber ab, wenn dieser durch Handeln beim Eigentumserwerb auf seinen Namen Eigentümer geworden ist. Andernfalls ist der Beauftragte Eigenbesitzer und hat niemanden im Besitz über sich.

Die Unterscheidung der genannten Kommentare ist also berechtigt, aber es ist streng daran festzuhalten, daß das Handeln in eigenem oder fremden Namen direkt nur den Eigentumserwerb betrifft, den Erwerb des mittelbaren Besitzes nur indirekt. Die Behandlung dieser Frage in den Kommentaren ist einmal unklar, indem sie, wie gezeigt, die Deutung zuläßt, als erkenne man eine Vertretung im Besitzerwerb an, dann aber auch unvollständig, insofern, als sie alle die Fälle nicht umfaßt, in denen der Beauftragte nicht als Vertreter beim Eigentumserwerb fungiert, oder in denen es überhaupt nicht auf Uebereignung abgesehen ist, sondern nur die tatsächliche Beförderung der Sache in Frage steht. In diesen Fällen kann, da ein Rechtsgeschäft nicht in Frage steht, vom Handeln in eigenem oder fremden Namen nicht die Rede sein, jenes Mißverständnis ist also von vornherein ausgeschlossen. Auch hier ist freilich notwendig, daß die Tätigkeit des Beauftragten zum Auftraggeber in Beziehung gesetzt werde, damit dieser mittelbarer Besitzer werde. Der Beauftragte muß das Auftragsverhältnis kenntlich machen, denn nur in diesem Falle erscheint sein Besitzrecht als vom Auftraggeber abgeleitet [15]), bezw. erscheint die Sache sogleich als zum Vermögen des Auftraggebers gehörig, also auf seine Kosten erlangt.

Damit kehrt die Untersuchung wieder zum Ausgangspunkt zurück. Es wurde oben als zweifellos hingestellt, daß, wenn der vom Empfänger mit der Abholung des Gutes Beauftragte, die Sache vom Absender erhält, der Empfänger mittelbarer Besitzer wird. Es zeigt sich, daß, wenn Uebereignung beabsichtigt ist und der Frachtführer Vertreter des

---

[14]) Leonhard, Vertretung S. 60 f. dgl. Staud. § 868.

[15]) Biermann, Sachenrecht, § 868, 6 b.

Empfängers bei der Uebereignung ist, er schon dadurch sein Verhältnis zum Empfänger kundig macht. Ist er nicht Vertreter bei der Uebereignung oder ist eine solche mit der Versendung gar nicht bezweckt, so muß er natürlich, um sich dem Absender gegenüber als empfangsberechtigt auszuweisen, ebenfalls sein Verhältnis zum Empfänger kundtun und infolge der Kundmachung des Besitzmittelungsverhältnisses wird der Auftraggeber mit der Uebergabe der Sache an den Frachtführer mittelbarer Besitzer, auf Grund des zwischen ihm und dem Empfänger bestehenden Frachtvertrages (§ 425 H.G.B.).

§ 3. Die dingliche Rechtslage, insbesondere die Eigentumsverhältnisse.

Mit der Uebergabe der Sache an den vom Empfänger mit dem Transport beauftragten Frachtführer ist also letzterer unmittelbarer, der Auftraggeber mittelbarer Besitzer geworden. Es ist nun weiter zu untersuchen, wie sich die Eigentumsverhältnisse gestalten, wenn mit der Versendung eine Uebereignung des Gutes vom Absender an den Empfänger bezweckt wird. Für den Fall der Verpfändung gelten dieselben Grundsätze entsprechend, so daß hier von einer gesonderten Behandlung dieses Falles abgesehen werden kann.

Zunächst soll nur das reale Moment der Uebereignung berücksichtigt werden. Unterstellt man also die Einigung vorläufig als vorhanden, und zwar eine Einigung direkt zwischen Veräußerer und Empfänger oder zwischen Veräußerer und dem Frachtführer als Vertreter des Empfängers, also jedenfalls auf dessen Namen, dann ergibt sich die Frage: Wann wird der Empfänger Eigentümer; bereits mit der Uebergabe der Sache an den von ihm beauftragten Frachtführer, oder erst dann, wenn letzterer ihm selbst die Sache körperlich übergibt? Es wird nun allgemein als praktisches Bedürfnis empfunden, daß der Erwerber, wenn er die Sache durch einen von ihm beauftragten Mittler abholen läßt, bereits mit der Uebergabe an den Mittler Eigentum erwirbt. Nur über den Weg, auf dem dieser unmittelbare Eigentumserwerb des Auftraggebers erfolgt, ist man sich nicht einig. Die Mehrzahl der Schriftsteller nimmt an, daß eine Uebereignung nach § 929 I B.G.B. vorliegt, indem die Uebergabe an den vom Erwerber Beauftragten der Uebergabe an ihn selbst gleichzuachten sei.[16]) Diese Ansicht wird von Leonhard[17]) bekämpft mit der Begründung, das könne keine Uebergabe im Sinne des § 929 I sein. Diese fordere, daß der Erwerber selbst unmittelbarer Besitzer werde. Den unmittelbaren Besitz aber bekommt hier nur der Mittler, während der Erwerber selbst nur mittelbarer Besitzer wird. Der Erwerb mittelbaren Besitzes aber werde vom Gesetz nur als Ersatz der Uebergabe angesehen. Leonhard zieht zum Beweise die §§ 930, 931 B.G.B. heran. Aber der vorliegende Fall weist doch gegenüber den Tatbeständen dieser §§ einen tiefgreifenden Unterschied auf. Dieser Unterschied liegt in der Gestaltung des unmittelbaren Besitzes. Im § 931 ist der Dritte bereits im Besitze

---

[16]) Planck § 929, 5, Biermann § 929, 3 b, d, Staudinger § 929 III 1 b, Wolff § 66 I 1. R.G. 102, 41. Gierke D.P.R. II § 133 III. R.G.Z. 110 S. 202.

[17]) Leonhard, Vertretung S. 84 ff.

der Sache. Er kann freilich auch mittelbarer Besitzer sein, aber dann hat den unmittelbaren Besitz wieder ein Vierter, der dem Dritten den Besitz vermittelt. Entscheidend ist, daß die Sache nicht aus Anlaß der Uebereignung eine räumliche Veränderung erfährt. Dasselbe gilt vom Fall des § 930 B.G.B. Hier bleibt die Sache im Besitz des Veräußerers und wird ebenfalls nicht aus Anlaß des Eigentumsübergangs räumlich verändert. Der Besitzwechsel tritt also bei den Erwerbsformen der §§ 930, 931 nicht äußerlich zutage. In unserem Falle ist das Gegenteil festzustellen. Der Veräußerer ist im Besitz, und er entäußert sich dieses Besitzes anläßlich der Uebereignung. Der Fall, daß er ihn nicht an den Erwerber selbst überträgt, sondern an einen von diesem Beauftragten, ist im Gesetz nicht hervorgehoben, aber das Bedürfnis einer einfachen und praktischen Handhabung der Eigentumsübertragung erfordert, daß der Erwerber die Sache muß auch durch einen Mittler entgegennehmen können. Im umgekehrten Falle, wo der Veräußerer die Sache durch seinen Mittler übergeben läßt, erfolgt ja die Uebergabe ebenfalls nicht direkt zwischen Veräußerer und Erwerber und doch kann kein Zweifel obwalten, daß hier die Uebereignung nach § 929 I. B.G.B. erfolgt. Diesen Einwand kann man nicht damit abtun, daß vom Gesetz zwar die Uebergabe an den Erwerber selbst in § 929 I gefordert werde, nicht aber, daß die Uebergabe gerade durch den Veräußerer erfolgen müsse, das Gesetz schweigt über diese Fälle eben vollständig. Leonhard, der ja auch das Bedürfnis eines unmittelbaren Eigentumserwerbs des Auftraggebers anerkennt, sieht ein Mittel, dieses Ergebnis herbeizuführen, in der Uebereignungsform des § 931, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Seine Konstruktion ist folgende: Der Veräußerer übergibt der Mittelsperson die Sache. Er hat nun als Eigentümer gegen den Mittler als besitzenden Nichteigentümer den Eigentumsherausgabeanspruch § 985 B.G.B. Diesen zediert er gleichzeitig an den Erwerber und zwar nimmt der Mittler diese Zession als Vertreter des Erwerbers entgegen. Die Zession wirkt, da bei ihr als einem Rechtsgeschäft im Gegensatz zum Besitzerwerb Vertretung zulässig ist, unmittelbar für den Erwerber, so daß dieser nach § 931 durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs unmittelbarer Eigentümer geworden ist.

Diese Konstruktion erregt doch manche Bedenken. Einmal gibt ihr Urheber selbst zu, daß sie etwas künstlich ist [18]). Davon abgesehen berücksichtigt sie nur den Fall, daß der Mittler als Vertreter bei der Einigung tätig wird. Es gibt aber zahlreiche Fälle, in denen die Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber direkt, z. B. brieflich getroffen wird und der Frachtführer den Zweck der Versendung nicht kennt. Kann man bei dem Mittler, der zugleich Vertreter des Erwerbers ist, annehmen, daß er den Willen hat, den Abtretungsvertrag zu schließen, die Zession des § 931 als Vertreter des Erwerbers entgegenzunehmen, da man die Vollmacht für die Einigung wohl darauf erstrecken kann, so ist dies bei dem Mittler, der nicht Vertreter ist, nicht möglich. Ihm fehlt jede Vollmacht für rechtsgeschäftliches Han-

---

[18]) Leonhard, Vertretung S. 85.

deln, man wird daher den Willen bei ihm nicht unterstellen können, überhaupt rechtsgeschäftlich tätig zu werden. Es besteht ja theoretisch die Möglichkeit, daß dann auch die Zession des § 931 direkt zwischen Veräußerer und Empfänger vorgenommen wird, allein ob man sie jedesmal etwa als stillschweigend mit der Einigung erklärt ansehen darf, ist fraglich; der Verkehrsanschauung wird eher entsprechen, daß der Erwerber die Uebergabe an den von ihm Beauftragten als Uebergabe an sich im Sinne des § 929 I ansieht, so daß man den Zessionswillen bei ihm nicht unterstellenda rf. Eine ausdrückliche Zession aber wird wohl kaum je vorkommen.

Bemerkenswert ist ferner, daß der vorliegende Tatbestand doch nicht ganz dem Normalfall der §§ 931 ff. B.G.B. entspricht. Leonhard sieht sich gezwungen, das anzuerkennen und zwar bei der Frage des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten. Wenn eine Uebereignung nach § 931 vorliegt, so ist dafür § 934 maßgebend. Er bestimmt, daß dann, wenn der veräußernde Nichteigentümer nicht mittelbarer Besitzer der Sache ist, der gutgläubige Erwerber erst dann Eigentümer wird, wenn ihm die Sache von dem Dritten übergeben wird, nicht schon mit der Abtretung.

Nun ist in unserem Falle der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer, da zwischen ihm und dem Frachtführer ja keine Beziehung besteht. Es wäre aber unbillig, hier den Verkehrsschutz des guten Glaubens auszuschließen. Leonhard trägt auch kein Bedenken, den Erwerb schon mit der Abtretung eintreten zu lassen[19]) und zwar mit der Begründung, daß die Eigenart des vorliegenden Falles nur darin bestehe, daß der Veräußerer hier nicht nur den mittelbaren Besitz hat, sondern sogar den unmittelbaren. Besitz des Veräußerers und dessen unmittelbare Uebertragung seien die einzigen Voraussetzungen für den Schutz des guten Glaubens. Nun wird hier der unmittelbare Besitz, den der Veräußerer hat, ja nicht auf den Erwerber selbst übertragen, sondern nur auf den Mittler. Wenn Leonhard dies als genügend ansieht, um dem Erwerber den Schutz zuzubilligen, sollte es nicht auch genügend sein, um den Tatbestand als einer Uebergabe an den Erwerber gleichwertig erscheinen zu lassen? Jedenfalls zeigt gerade die Notwendigkeit dieser Abweichung im Vertrauensschutz, daß § 931 B.G.B. auf unsern Tatbestand nicht zugeschnitten ist, wohingegen bei Annahme des § 929 I sich keine Schwierigkeiten einstellen.

Es bleibt noch übrig, zu einer Konsequenz der Konstruktion Leonhards Stellung zu nehmen, durch die Leonhard die von ihm vorgeschlagene Lösung vorteilhafter erscheint. Es handelt sich um die Verläßlichkeit auf die Freiheit des Eigentums. Nach Ansicht Leonhardts gehen bei einer Uebereignung nach § 929 I die dem Mittler an der Sache zustehenden Rechte unter (§ 936 I. 1.), während sie im Falle des § 931 nach § 936 III erhalten bleiben. Es ist zuzugeben, daß die Konsequenz für die Praxis von großer Bedeutung ist und erheblich zugunsten der Leonhardschen Ansicht ins Gewicht fällt. Jedoch soweit wie Leonhard möchte ich den Kreis der Fälle, in denen ein Bedürfnis für den Schutz des Mittlers besteht, nicht ziehen. Es ist darauf hinzuweisen, daß die

---

[19]) Leonhard, Vertretung S. 87.

Rechte des Mittlers dann, wenn dieser zugleich Vertreter bei der Einigung ist — und von dieser Voraussetzung geht ja die Leonhardsche Konstruktion aus — oft auch bei einer Uebereignung nach § 929 I nicht untergehen, weil der Mittler seine Rechte an der Sache in vielen Fällen kennt oder kennen muß und für die Frage des guten Glaubens nach § 166 B.G.B. die Person des Vertreters maßgebend ist. Der Vertreter ist dann bezüglich seiner Rechte an der Sache bösgläubig, diese bleiben ihm also erhalten. Anders liegt es freilich in den Fällen, wo einfache Kleingewerbetreibende als Mittler auftreten, denen man die Unkenntnis ihrer Rechte nicht als grobe Fahrlässigkeit anrechnen kann. Hier besteht allerdings ein Schutzbedürfnis. Doch scheint mir das für dingliche Rechte solcher Mittler nicht von allzugroßer Bedeutung. Für den häufigsten Fall der Frachtführer- und Spediteur-Pfandrechte gilt Besonderes, sie bedürfen des Schutzes des § 936 III gar nicht, wie nachher zu zeigen sein wird. Ein sonstiges beschränktes dingliches Recht des Mittlers wird selten sein. Es müßte notwendig bis zur Uebergabe der Sache an den Mittler ein besitzloses Recht gewesen sein, da in dem Fall, der hier erörtert wird, bisher ja der Veräußerer Besitzer gewesen ist. Wenn es vorkommt, dann wird die Besitzlosigkeit des Mittlers durch Abhandenkommen verursacht sein, so daß ihn auch eine Uebereignung nach § 929 I nicht des Rechtes beraubt, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt. Denn nach richtiger Ansicht findet § 935 auch auf die Fälle des § 936 Anwendung. Freiwillige Rückgabe z. B. der Pfandsache hätte Verlust des Rechtes noch sich gezogen (§ 1253 B.G.B.).

Der häufigste Fall eines dem Mittler zustehenden Rechtes ist das Frachtführerpfandrecht. Neben ihm und den andern Pfandrechten des H.G.B. werden die oben behandelten Rechte gar nicht ins Gewicht fallen. Für das Frachtführerpfandrecht, das hier nur interessiert, ist aber die zwischen Empfänger und Absender stattfindende Uebereignung gar keine Gefahr, selbst wenn sie nach § 929 I stattfindet. Das Pfandrecht entsteht erst in dem Augenblick, wo dem Frachtführer das Gut übergeben wird. Es entsteht also gleichzeitig mit dem Eigentum des Erwerbers, und zwar auf Grund des Gesetzes. Da im Augenblick der Entstehung der Erwerber der Sache schon Eigentümer ist, kann ein gutgläubiger Erwerb der Lastenfreiheit hier nicht in Frage kommen Dieser setzt voraus, daß die Sache auch schon in der Hand des Veräußerers mit dem Rechte belastet war. Guter Glaube in § 932 ff. heißt ja: Glaube an das Recht bezw. hier an die Lastenfreiheit in der Hand des Veräußerers. In der Hand des Veräußerers aber war die Sache wirklich lastenfrei, sie ist erst im Augenblick der Uebergabe an den Besitzmittler des Erwerbes mit dem Frachtführerpfandrecht belastet, gutgläubiger Erwerb der Lastenfreiheit kann also nicht stattfinden.

Selbst wenn aber die Einigung erst nach der Uebergabe zwischen Veräußerer und Erwerber persönlich stattfindet, die Sache also schon als dem Veräußerer noch gehörig, mit dem Frachtführerpfandrecht belastet war und § 932 ff. Anwendung finden, so mußte doch der Empfänger mit dem Pfandrecht des von ihm selbst beauftragten Frachtführers rechnen.

Es bleiben freilich die Fälle, in denen man es dem Erwerber nicht als grobe Fahrlässigkeit anrechnen kann, daß er die Rechte des Mittlers nicht kannte, in denen also der Mittler bei einer Uebereignung nach § 929 B.G.B. nicht geschützt wird.

Von Bedeutung ist die Streifrage ferner für obligatorische Rechte des Mittlers, die gemäß § 986 Abs. II B.G.B. nur bei einer nach § 931 erfolgenden Uebereignung geschützt werden.

Kann auch somit ein Schutzbedürfnis nicht in dem Umfange anerkannt werden, wie ihn Leonhard annimmt, so macht es doch die Rücksicht auf die übrigbleibenden Fälle zweifelhaft, ob man sich nicht wegen der praktischen Folgerungen über die oben erwähnten theoretischen Bedenken hinwegsetzen und der Leonhardschen Ansicht beistimmen muß.

Die Entscheidung wird letzten Endes von dem im Rechtsleben sich ergebenden Maße der Unbilligkeit und damit des Schutzbedürfnisses der beteiligten Personen abhängen.

Zur Uebergabe, die den Gegenstand der voraufgegangenen Erörterung bildete, muß die Einigung hinzukommen, um die Uebereignung zu vollenden. Die Einigung bleibt sich gleich, ob man sich die Uebereigung nach § 929 I B.G.B. oder mit Leonhard nach § 931 vollzogen denkt. Die Einigung kann durch den Frachtführer als den Vertreter des Erwerbers erfolgen, sie kann auch von diesem selbst vor oder nach der Uebergabe der Sache vorgenommen worden sein. Sobald beide Elemente, das reale und das rechtsgeschäftliche, vorliegen, ist die Uebereignung perfekt, ihre zeitliche Reihenfolge ist gleichgültig.[20]) Falls eine Einigung — wie so oft — nicht ausdrücklich erklärt wird, so wird die Frage, ob mit der Uebernahme des Gutes die Einigung als vollzogen anzusehen ist, von den Umständen des Einzelfalles abhängen, je nachdem, ob ein dahingehender Wille erkennbar geworden ist oder nicht. Bei Handelskäufen wird nicht die Uebernahme allein entscheidend sein, sondern es wird darauf ankommen, ob die Ware genehmigt wird. Ist der Frachtführer nicht bevollmächtigt, die Genehmigung und damit die Einigung zu erklären, so entscheidet erst das genehmigende Verhalten des Käufers selbst. Fehlt es an einer ausdrücklichen Genehmigung der Ware, dann wird erst durch die Versäumung der Rügefrist der Wille des Käufers kund werden, die Ware zu behalten. Damit wird dann auch erst die Einigung perfekt und der Eigentumserwerb vollzogen.

---

[20]) Gierke, D.P.R. 2. S. 550 V.

2. Hauptteil.

Versendung durch einen vom Absender beauftragten Frachtführer.

I. Abschnitt.

Von der Absendung bis zur Ankunft des Gutes am Bestimmungsort.

§ 4. Die Besitzverhältnisse.

Bei der Versendung durch einen vom Empfänger beauftragten Frachtführer ist, wie gezeigt, die Uebergabe seitens des Veräußerers an den Frachtführer der entscheidende Zeitpunkt, in dem der Empfänger mittelbaren Besitz und meistens zugleich das Eigentum erwirbt. Anders ist es bei der Versendung durch einen vom Absender beauftragten Frachtführer, ein Fall, der im Geschäftsleben die Regel bildet, während der erstere an Bedeutung zurücktritt. Hier spielt der erwähnte Vorgang, die Uebergabe des Gutes an den Frachtführer, Absendung genannt, bei weitem nicht diese überragende Rolle. Vielmehr sind zunächst nur Absender und Frachtführer beteiligt, Besitzerwerb des Empfängers und, wenn Uebereignung oder Verpfändung vom Absender an den Empfänger beabsichtigt ist, auch sein Rechtserwerb tritt erst im weiteren Verlauf der Versendung ein. Die Gestaltung der Besitz- und Rechtsverhältnisse am Frachtgut in den einzelnen Abschnitten dieses Verlaufes sollen im folgenden untersucht werden. Der erste Abschnitt reicht von der Absendung, der Uebergabe des Gutes an den Frachtführer, bis zur Ankunft des Gutes am Bestimmungsort.

Durch die Uebergabe hat der Absender den unmittelbaren Besitz am Gut auf den Frachtführer übertragen. Ob er selbst dadurch mittelbarer Besitzer geworden ist, hängt davon ab, ob zwischen ihm und dem Frachtführer ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 B.G.B. besteht. Oben wurde schon festgestellt, daß der Frachtvertrag grundsätzlich zu den „ähnlichen" Verhältnissen gehört. Konnte dort im Falle der Beauftragung des Frachtführers durch den Empfänger festgestellt werden, daß der Auftrageber mit dem Augenblick, wo der Frachtführer unmittelbarer Besitzer wurde, den mittelbaren Besitz erwarb, obwohl der Mittler die Sache von einem Dritten erhielt, so kann hier, wo der Frachtführer die Sache unmittelbar aus dem Vermögen des Auftraggebers (Absenders) erhält, kein Zweifel obwalten, daß er diesem den Besitz vermittelt. Es ist auch allgemein anerkannt, daß der Absender mittelbarer Besitzer des Frachtgutes ist.

Dagegen steht dem Empfänger in dem hier in Frage stehenden Zeitraum, der Zeit vor der Ankunft des Gutes am Bestimmungsort, noch kein Besitz am Gute zu. Es könnte sich bei ihm ebenfalls nur um mittelbaren Besitz handeln. Freilich ist der Fall denkbar, daß der Absender seinen mittelbaren Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870 B.G.B. auf ihn überträgt. Dabei würde der Absender seinen mittelbaren Besitz verlieren. Von einem solchen besonderen Vertrag abgesehen, also bei dem normalen Verlauf der Versendung, ist der Empfänger vor Ankunft des Gutes am Bestimmungs-

ort noch nicht mittelbarer Besitzer. Es fehlt ein Besitzcorpus, auf das sich der Besitz gründen könnte. Ein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Frachtführer besteht nicht. Ansprüche aus dem Frachtvertrage zwischen Absender und Frachtführer stehen ihm in diesem Zeitabschnitt regelmäßig noch nicht zu. Er hat nur nach § 434 H.G.B. ein Anweisungsrecht zwecks Sicherstellung. Dieses genügt aber nicht. Grundlage für mittelbaren Besitz kann nur ein Herausgabeanspruch sein, und dieser steht ihm erst nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsort zu. Anders ist es nur, wenn der Absender dem Frachtführer die Ermächtigung erteilt, dem Empfänger das Gut schon vor Ankunft auszuliefern (§ 434 Satz 2 H.G.B.). In dem Falle hat er ein Recht auf Auslieferung, ist also schuldrechtlich so gestellt, wie sonst erst nach Ankunft des Gutes. Das hat die Folge, daß er auch dieselbe Besitzstellung erhält, wie er sie normalerweise erst nach Ankunft hätte, nämlich mittelbaren Mitbesitz mit dem Absender zusammen. Für die Begründung muß auf die Ausführungen über die Rechtslage nach Ankunft des Gutes verwiesen werden.

Normalerweise hat also der Empfänger vor Ankunft des Gutes noch keinerlei Besitz daran. Zu dem Ergebnis, daß das Sicherstellungsrecht des § 443 dem Empfänger keine Besitzstellung verschafft, kommt auch Gärtner, [21]) wenn auch auf anderem Wege. Seine Begründung, es fehle jeder Besitzschutz, daher könne auch kein Besitz bestehen, dürfte indes eine Verwechselung von Grund und Folge enthalten.

§ 5. Eigentum.

Eine zwingende Folge des Umstandes, daß der Empfänger vor Ankunft des Gutes jedes Besitzes darbt, ist, daß auch der Eigentumserwerb, falls mit der Versendung eine Uebereignung bezweckt wird, noch nicht erfolgen kann; denn der Besitz ist Grundlage für den dinglichen Rechtserwerb. Auch das gilt freilich nur, wenn man von einer besonderen Eigentumsübertragung auf dem Wege des § 931 B.G.B. absieht, die ja so gut wie die Uebertragung des mittelbaren Besitzes nach § 870 möglich ist. Diese Zession nach § 931 braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, sie kann auch z. B. in einer direkt zwischen Absender und Empfänger durch Briefwechsel erfolgten Einigung enthalten sein. Regelmäßig aber wird der Empfänger jetzt noch nicht Eigentümer, insbesondere bewirkt der Vorgang der Absendung nicht den Eigentumserwerb des Empfängers. Das B.G.B. ist also dem A.L.R. (§ 128 I, II) nicht gefolgt, das diesen Erfolg eintreten ließ.

§ 6. Die Konsequenzen für die Lehre vom Erfüllungsort.

So ist also die alte Regelung des A.L.R. seit 1900 abgetan, aber sie fristet in anderer Form noch heute ihr Leben, nämlich bei der Lehre vom Erfüllungsort. Auf diese Lehre muß daher hier eingegangen werden, wiewohl sie als eine schuldrechtliche Frage, betreffend in dieser den Besitz und dinglichen Rechtsverhältnissen bei der Ver-

---

[21]) Gärtner, Besitzwechsel am Frachtgut S. 15—17.

sendung gewidmeten Untersuchung nur in allgemeinen Zügen behandelt werden kann.

Bei unbefangener Betrachtung müßte man annehmen, daß Erfüllungsort der Ort ist, an dem die Schuld erfüllt wird. Das ist auch die Auffassung der herrschenden, aber unzutreffenden Lehre. Erfüllung bedeutet den Akt, durch den die Schuld auf natürliche Weise getilgt wird, das geschieht beim Kauf einer Sache durch Besitz- und Eigentumsverschaffung. Beim Versendungskauf erfolgt diese nun in der Regel erst durch die Ablieferung, keinesfalls aber schon durch die Absendung, wie oben dargelegt worden ist. Es ist also unrichtig, die Absendung als Erfüllung zu bezeichnen [23]). Der Absender (Verkäufer) erfüllt nicht an seinem Wohnort, und wenn das Gesetz diesen als Erfüllungsort bezeichnet, so kann es damit nicht die tatsächliche Erfüllung im Auge haben, da diese erst durch die Ablieferung, also am Bestimmungsorte, erfolgt. Nähme man dies doch an, dann ergibt sich ein unlösbarer Konflikt, da auf der einen Seite der Erfüllungsort am Wohnsitz des Schuldners ist, andererseits die Erfüllung dort nicht stattfindet. Daraus ergibt sich, daß der sogenannte Erfüllungsort nicht die Bedeutung haben kann, daß an ihm tatsächlich erfüllt wird. Vielmehr bedeutet er etwas anderes. Darauf hat zuerst Leonhard hingewiesen. Wenn man den Erfüllungsort beim Schuldner annimmt und in der Absendung die Erfüllung sieht, so will man damit ausdrücken, daß von jetzt an die Ware auf Gefahr und Kosten des Erwerbers reist. Das hat aber mit der eigentlichen Erfüllung nichts zu tun. [24])

Die Anhänger der herrschenden Lehre wollen jedoch nicht zugeben, daß die Absendung nicht tatsächliche Erfüllung sei. Man verschließt sich zwar nicht der Erkenntnis, daß Besitz und Eigentum erst am Bestimmungsort übergehen, aber man behauptet, daß „an sich“ am Absendungsort zu übergeben sei; wenn der Schuldner die Ware versendet, so erweise er damit nur dem Käufer eine Gefälligkeit, der Erfüllungsort werde dadurch nicht verändert. Das ist aber nicht richtig, heute kann kein Zweifel mehr darüber bestehen, daß bei Distanzkäufen der Verkäufer zur Uebersendung verpflichtet ist. Man kann darüber streiten, ob die Pflicht, wie Leonhard annimmt, schon aus § 433 B.G.B. folgt, Ausfluß der Uebergabeverpflichtung ist, oder aber ob sie auf einen durchgängig geübten Handelsbrauch zurückzuführen ist. Jedenfalls ist die Ansicht irrig, daß sie auf einen besonderen Nebenvertrag, etwa einem Auftrag beruhe. [25]) Das wird auch fast allgemein anerkannt. [26]) Aber sie ist auch nicht bloße Nebenverpflichtung aus dem Kaufvertrag, [27]) sondern wesentlicher Bestandteil der Hauptverpflichtung. [28]) Ob sie aus dem Gesetz selbst folgt, oder

[23]) So z. B. Staub H.G.B. Anh. z. § 372 Anm. 13 S. 502

[24]) Leonhard, Erfüllungsort S. 47 ff.

[25]) So R.G.K.. § 433, 8 I d.

[26]) Vgl. Hinsberg Lz. 1917 S. 117.

[27]) So die meisten: Staud. 9. Aufl. § 929 III 1 f.; Dür.-Hach. III S. 27. Fischer-Henle Anm. 1 zu 474.

[28]) Oertmann, Seuff. Bl. 73 S. 387.

aus allgemeiner Uebung, scheint mir eine untergeordnete Frage. Auch eine Pflicht, die auf allgemeiner Uebung beruht, muß der rechtlichen Beurteilung zu Grunde gelegt werden. Als praktische Folgerung ergibt sich also in beiden Fällen: beim Distanzkauf ist, ohne daß es besonders hervorgehoben zu werden braucht, der Verkäufer zur Uebersendung verpflichtet. Soll die Uebersendungspflicht im Einzelfall ausgeschlossen sein, so muß es besonders vereinbart sein oder aus den Umständen hervorgehen. Der Verkäufer ist also verpflichtet, die Ware an den Wohnort des Gläubigers zu übersenden und dort durch eine Transportperson die Uebergabe vollziehen zu lassen, m. a. W. am Bestimmungsort zu erfüllen. Man kann daher nicht mehr davon sprechen, daß beim Versendungskauf an sich am Wohnort des Verkäufers zu übergeben sei. Deshalb liegt auch kein Grund vor, die Absendung als Erfüllung zu bezeichnen. Vielmehr ist dies die Eigentumsverschaffung; da sie in der Regel nicht am Absendungsort erfolgt, kann man diesen nicht als Erfüllungsort im Sinne von Vollzugsort ansehen.

Von einigen Autoren wird zugegeben, daß Absendung noch keine Erfüllung sei[29]), daß demgemäß der Ort, von dem abzusenden ist, nicht Erfüllungsort genannt werden kann, aber sie behaupten, daß wenigstens die Leistung durch die Absendung erfolge. Der Wohnort des Verkäufers sei also Leistungsort, diesen Ausdruck gebrauche ja auch das Gesetz in § 269. Insbesondere Oertmann glaubt durch dieses Argument, den Angriff Leonhards gegen die herrschende Lehre abschlagen zu können. Leonhard setze Erfüllung und Leistung gleich, man müsse jedoch unter Leistung etwas anderes verstehen, nämlich die Leistungshandlung, das, was zur Herbeiführung des Erfolges, der Erfüllung nötig sei. Habe der Schuldner getan, was seinerseits zur Erfüllung erforderlich sei, dann habe er geleistet. Das ist nun nach seiner Ansicht mit der Absendung der Fall. In dieser sieht er daher die Leistung und demgemäß den Leistungsort am Wohnort des Schuldners. Selbst wenn man aber Leistungshandlungen und Leistungserfolg derart trennen dürfte, so trifft es doch nicht zu, daß die Absendung die Leistungshandlung ist, vielmehr ist sie erst deren Vorbereitung. Die Handlung, durch die der Erfolg herbeigeführt, die Leistung also vollendet wird, ist erst die Uebergabe.[30]) Diese erfolgt aber erst am Bestimmungsorte. Der Verkäufer bedient sich zu ihrer Ausführung der Transportperson. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Verkäufer für Verschulden des selbständigen Frachtführers nach § 278 B.G.B. haftet. Wieso das eine unausweichliche Folgerung[31]) sein soll, ist nicht recht ersichtlich, § 278 bezieht sich auf abhängige Personen, während hier ein selbständiger Mittler beteiligt ist.[32])

Wenn Oertmann diese Tätigkeit der Transportperson nicht als Teil der Leistungshandlung des Schuldners gelten läßt, so hat er in Wirklichkeit einen noch engeren Begriff der Leistung angenommen.

---

[29]) Planck-Siber, Allg. Teil d. Schuldverh. Vbmg. III Bd. 3 S. 22; Oertmann Seuff. Bl. 73 S. 388.

[30]) Enneccerus, Schuldverhältnisse § 247 Anm. 10.

[31]) Oertmann a. a. O.

[32]) Emge, Vollzugsort S. 33.

Er versteht darunter das, was der Schuldner persönlich zur Herbeiführung des Leistungserfolges zu tun hat. Das ist aber ein unrichtiger Begriff der Leistung. Das folgt aus § 243 Abs. 2 B.G.B., in welchem das zur Leistung seitens des Schuldners Erforderliche in einen Gegensatz zur ganzen Leistung gestellt wird [33]). Jedoch ist, selbst wenn man Leistung in diesem engen Sinne versteht, die Absendung immer noch nicht die Leistung, da sie nicht das einzige und nicht das letzte ist, was der Schuldner persönlich zu tun hat. Auch nach der Absendung hat er noch Pflichten, z. B. auf Unterlassung derjenigen Ausübung des Verfügungsrechts des § 435 H.G.B., durch die er die Rechte des Käufers beeinträchtigen würde, ferner die Pflicht zur Sicherstellung der auf dem Transport gefährdeten Ware oder zur Benachrichtigung des Käufers. Diese Pflichten als nebensächlich außer Betracht zu lassen, wie Oertmann [34]) will, geht nicht an. Sie sind genau so wichtige Voraussetzungen des Leistungserfolges wie die Absendung, da auch bei ihrer Nichterfüllung der Erfolg vereitelt würde. Daraus folgt, daß die Absendung auch nicht Leistung im Sinne des gesamten vom Schuldner persönlich zu bewirkenden Leistungshandlung ist. Wir können daher die herrschende Lehre auch nicht in dem Sinne als richtig anerkennen, daß der Leistungsort zwar nichts darüber bestimme, wo die Erfüllung einzutreten habe, wohl aber darüber, wo der Schuldner zu leisten habe.

Vielmehr muß die bislang freilich noch nicht allgemein anerkannte Leonhardsche Lehre an ihre Stelle treten [35]). Sie besagt, daß dort, wo vom Erfüllungsort die Rede ist, nicht beabsichtigt sei, den Ort des tatsächlichen Vollzuges der Schuldnerverpflichtung zu bestimmen, sondern, daß damit der rechtliche Mittelpunkt des Schuldverhältnisses fixiert werden solle. Der Erfüllungsort ist maßgebend für Gerichtsstand, Grenzrecht und Auslegung. Der Erfüllungsort in diesem Sinne ist mit Leonhard besser als Schuldort zu bezeichnen, während der Ort, an dem die Erfüllung der Schuld tatsächlich vollzogen wird, Vollzugsort genannt wird. Durch eingehende Umfragen ist festgestellt, daß diese Lehre den Anschauungen der Praxis und den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht.

Die Parteien haben bei Vereinbarung eines sogen. Erfüllungsorts die Regelung der Wirkungen im Auge, die sich an den Schuldort knüpfen, nicht aber wollen sie damit den Ort des tatsächlichen Vollzugs der Leistung bestimmen. Dieser geht vielmehr aus sonstigen Vereinbarungen, oft auch schon aus der Natur der Leistung hervor.

Auch das Gesetz versteht im § 269 B.G.B. unter Leistungsort den Schuldort im Sinne Leonhards. Freilich wird das auch von manchen, die im übrigen die Lehre vom Schuldort billigen, verneint [36]).

---

[33]) Leonhard, Erfüllungsort S. 52.

[34]) a. a. O. S. 392.

[35]) Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort 1907. Dafür H. A. Fischer Z.H.R. 62, S. 498 ff. Enneccerus, Schuldverhältnisse § 247 II. Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts § 82. Emge, Vollzugsort. Teilw. Siber-Planck II 1 § 269.

[36]) So Planck-Siber § 269, 1 a, b.

Daß der § 269 nicht den Leistungsort im Sinne vom Vollzugsort regeln kann, folgt aus dem schon Dargelegten. Denn der Vollzug erfolgt beim Versendungskauf in der Regel am Bestimmungsort, während § 269 den Leistungsort wenigstens subsidiär an den Ort der Absendung, den Wohnort des Schuldners, verlegt. Insbesondere folgt die Richtigkeit der Ansicht Leonhards aus den §§ 269 III, 270 IV. Sie ergibt sich ferner aus folgender Erwägung: § 269 nennt als erste Tatsache, die für die Bestimmung des Leistungsortes maßgebend ist, vertragliche Bestimmung und erst an zweiter Stelle die Natur der Leistung. Wäre nun mit der Festsetzung des Leistungsortes im § 269 tatsächlich gemeint der Ort, an welchem erfüllt werden soll, so müßte die Natur der Leistung an erster Stelle maßgebend sein. Das Gesetz setzt sie an zweite Stelle, daraus folgt, daß auch, wenn nach der Natur des Schuldverhältnisses nur an einem bestimmten Ort erfüllt werden kann — und das ist nicht selten der Fall, z. B. wo es sich um Grundstücke handelt — daß auch dann die Parteien einen Leistungs- oder Erfüllungsort vereinbaren können, der von jenem abweicht. Ist das richtig, dann muß mit Leistungsort im § 269 etwas anderes gemeint sein, als der Ort, an dem geleistet bezw. erfüllt wird. Allerdings wird vom Reichsgericht bestritten, daß das richtig sei [37]). Wenn z. B. in Entsch. 41 S. 358/361 – J. W. 98 S. 209 Ziff. 29 die Vereinbarung eines Erfüllungsortes, an dem kein Teil der Leistung stattfinden kann, für nichtig erklärt wird, weil mit der Natur des Schuldverhältnisses in unlösbarem Widerspruch stehend. Aber diese Entscheidung ist unbillig und entspricht keineswegs den Anforderungen des Verkehrs. Ein Widerspruch ist gar nicht vorhanden, da die Parteien ja durch ihre Vereinbarung den Ort regeln wollten, der für Gerichtsstand und Auslegung maßgebend sein sollte, also den Schuldort, während der Vollzugsort schon aus der Natur der Leistung hervorging, eine besondere Vereinbarung über ihn also überflüssig war.

Der Fall, wo ein Erfüllungsort vereinbart wird, an dem kein Teil der Leistung sich abspielt, ist doch recht häufig, insbesondere bei Kartellen, die vielleicht in der Hauptstadt ihren Sitz haben und diese als Erfüllungsort bestimmen, während die Lieferung der Ware von den in der Provinz liegenden Werken direkt an den Käufer erfolgt. Hier immer Nichtigkeit der Vereinbarung anzunehmen, da in der Hauptstadt, also am sogenannten Erfüllungsort, kein Teil der Leistung sich vollzieht, wären außerordentlich verkehrshemmend und widerspräche der Vertragsfreiheit.

Gegenüber der Ansicht, § 269 regle den Schuldort ist auch der Einwand nicht zwingend: das Gesetz regle den Leistungsort mitten in dem Titel „Verpflichtung zur Leistung" und wolle infolgedessen eine Modalität der Leistung bestimmen [38]). Dagegen ist dasselbe zu sagen, was gegen gewisse Argumente Leonhards vorgebracht wird: das Gesetz selbst ist nicht zu völliger Klarheit über die Begriffe Leistung, Erfüllung, Erfüllungsort gekommen. Man sollte aber anerkennen, daß die Begriffe dringend der Klärung bedurften und eine Auslegung des

[37]) Desgl Dür.-Hachenburg H.G.B. II Anhang zu § 358/9, Anm. 2.

[38]) Planck-Siber § 269, 1 a, Düringer-Hachenburg a. a. O.

Gesetzes begrüßen, die Klarheit schafft und vor allem den Bedürfnissen des Verkehrs vollkommen Rechnung trägt, was man von der herrschenden Meinung, wie die angeführte Reichsgerichts-Entscheidung zeigt, nicht behaupten darf.

II. Abschnitt.

Von der Ankunft des Gutes bis zur Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung.

§ 7. Besitz.

a) Obligatorische Grundlage.

Im Vorhergehenden ist dargelegt worden, wie die Besitz- und Rechtslage bis zur Ankunft des Gutes am Bestimmungsort ist. Die nächste Phase der Beförderung reicht von der Ankunft bis zur Frachtbriefübergabe bezw. Erhebung der Klage gegen den Frachtführer auf Auslieferung des Gutes. Unmittelbarer Besitzer bleibt in dieser Zeit der Frachtführer. Für den Absender wie den Empfänger kommt weiter nur mittelbarer Besitz in Frage. Da für letzteren das obligatorische Vehältnis von grundlegender Bedeutung ist, ist zuvor zu untersuchen, wie sich die obligatorische Rechtslage zwischen Absender und Frachtführer einerseits und zwischen Empfänger und Frachtführer andererseits nach Ankunft des Gutes gestaltet hat.

Nach § 435 H.G.B. hat der Empfänger nach Ankunft des Gutes ein Forderungsrecht auf Auslieferung an ihn selbst. Dieses Recht entspringt aus dem zwischen Absender und Frachtführer geschlossenen Frachtvertrage. Dieser ist insoweit ein Vertrag zu Rechten eines Dritten, nämlich des Empfängers.

Konnte das unter altem Recht noch bestritten werden, so ist vom Standpunkt des neuen Rechts seit 1900 aus nicht mehr zweifelhaft, daß der Frachtvertrag unter die Kategorie der Verträge zu Rechten Dritter fällt [39]). Ja, man kann wohl mit Hellwig [40]) sagen, daß bei ihm die Grundsätze des B.G.B. besonders ausführlich und richtig zur Anwendung gekommen sind. Die Bestimmungen des H.G.B. sind nachgiebigen Rechts, die Rechte des Empfängers können durch Vertrag des Absenders und Frachtführers ausgeschlossen werden. Staub (§ 434 Anm. 1) nimmt davon Anlaß, die Eigenschaft des Frachtvertrages als Vertrag zugunsten Dritter anzuzweifeln. Mit Unrecht, man muß die normale Gestalt des Frachtvertrags zu Grunde legen. Neben den Bestimmungen des H.G.B. finden die Vorschriften der §§ 328 ff. B.G.B. ergänzende Anwendung.

Neben dem Recht des Empfängers auf Ablieferung an sich selbst steht noch das Forderungsrecht des Absenders auf Auslieferung an den

---

[39]) Hellwig, Verträge S. 477 ff. Düringer-Hachenburg § 433 Anm. 8. Makower § 435 I a. Lehmann § 435 Nr. 2. Rundnagel, Beförderungsgeschäfte S. 141. Goldmann § 435, Anm. 3. Gierke, D.P.R. 3, S. 394. R. G. Warn. E. 16, S. 416.

[40]) Hellwig, a. a. O.

Empfänger Dieses Nebeneinanderbestehen der beiden Forderungsrechte ist keine Gesamtgläubigerschaft. Die Rechte des Absenders und des Empfängers haben zwar das gleiche Ziel, aber verschiedenen Inhalt [41]). Auch dieses Verhältnis unter den Begriff der Gesamtgläubigerschaft zu fassen, wie Hellwig [42]) will, ist irreführend, weil man dann versucht sein könnte, § 428 anzuwenden. Jedoch davon, daß der Frachtführer nach seinem Belieben auch an den Absender leisten und damit den Erfolg einer Klage des Empfängers vereiteln könnte, kann keine Rede sein. Mit dem Forderungsrecht des Absenders ist ein anderes verbunden, das sogen. Verfügungsrecht (§ 433 I H.G.B.). § 435 Satz 3 nennt als Untergangsgrund der Rechte des Empfängers entgegenstehende Anweisungen des Absenders. Diese Anweisungen sind ein Ausfluß des oben genannten Verfügungsrechts, eines Gestaltungsrechts [43]) oder Rechts des rechtlichen Könnens im Sinne Zitelmanns. Von den im § 433 beispielsweise genannten, den Rechten des Empfängers entgegenstehenden Anweisungen kommt hier in Betracht 1. die die Rückgabe des Gutes anordnende. Sie ist, sofern Rücknahme für dauernd beabsichtigt ist, identisch mit der dem Absender beim Frachtvertrag als Werkvertrag nach § 649 B.G.B. zustehenden Kündigung [44]). Sie beendigt den Frachtvertrag für die Zukunft und bringt auch das Recht des Empfängers zum Untergang. Insoweit ist das Gestaltungsrecht ein rechtsvernichtendes. Daß hier die Rechtsgestaltung nicht zu Lasten allein des Gestaltungsgegners, des Frachtführers, sondern auch eines Dritten erfolgt, ist eine Besonderheit, die aber der ohne Beteiligung des Dritten erfolgenden Begründung seines Rechtes entspricht.

Weiter ist in § 433 H.G.B. 2. erwähnt die Verfügung, die die Auslieferung an einen anderen als den im Frachtbriefe genannten Empfänger anordnet. Bestimmung eines anderen Empfängers wird, wenn kein Frachtbrief ausgefertigt ist, ebenfalls analog § 435 zulässig sein. Auch diese Verfügung vernichtet die Rechte des ursprünglichen Empfängers, aber sie läßt sie dafür in der Person eines anderen wieder aufleben, der nun an die Stelle des ersten tritt und im weiteren Verlauf der Versendung die Rolle spielt, die jener sonst gespielt hätte. Einer Annahme von seiten des neuen Empfängers bedarf es nicht, jedoch kann er seine Rechte dem Frachtführer gegenüber als dem Versprechenden nach § 333 BGB. zurückweisen. Dann gelten sie als nicht erworben. Damit fallen sie aber nicht dem alten Empfänger wieder zu, sondern es wird so zu verfahren sein, als hätte der Absender den Frachtführer angewiesen, das Gut anzuhalten und dieser wird neue Anweisungen abzuwarten haben.

Das Ergebnis ist also: Nach Ankunft des Gutes haben Absender und Empfänger jeder einen Herausgabeanspruch gegen den Frachtführer.

---

41) Gierke D.P.R. III S. 400 R.G.K. § 328, 1.

42) Hellwig, Verträge S. 310 ff.

43) Seckel, Festgabe für Koch S. 208 Nr. 2.

44) Düringer-Hachenburg § 433 Anm. 4.

§ 8. Besitz. b) Ausführung.

Die im vorigen Paragraphen dargelegte obligatorische Mitberechtigung des Absenders und Empfängers spiegelt sich in der Gestaltung der Besitzverhältnisse wieder. Der Empfänger wird nämlich durch den Erwerb des in dem Vertrage zwischen Absender und Frachtführer wurzelnden obligatorischen Herausgabeanspruchs nach § 435 mittelbarer Besitzer des Gutes.

Mit der Aufstellung dieser Behauptung ist aber nicht etwa zugleich behauptet, daß hier für das Frachtrecht eine sachenrechtliche Besonderheit gelte, vielmehr folgt das Ergebnis gerade aus den für das bürgerliche Recht allgemein geltenden Regeln. Insofern nämlich nach bürgerlichem Recht an den Erwerb eines Herausgabeanspruchs durch Vertrag zu Gunsten Dritter mittelbar sachenrechtliche Wirkungen geknüpft sind, muß das auch auf den Frachtvertrag zutreffen, da dieser wie dargelegt worden ist, ein Vertrag zu Gunsten Dritter ist.

Im folgenden soll für den Beweis der aufgestellten Behauptung von dem Normalfall des Vertrages zugunsten Dritter nach B.G.B. ausgegangen werden, da der Beweis einfacher ist, die Frage auch hierfür in der Literatur mehr Beachtung gefunden hat. Die hierbei gefundenen Ergebnisse müssen dann auch auf den Frachtvertrag anwendbar sein und es bleibt nur noch zu prüfen, ob die besondere gesetzliche Ausgestaltung des Frachtvertrages gegenüber dem Normalfall des B.G.B. Abweichungen auch in der Besitzlage zur Folge hat.

Der Beweisführung soll folgender Tatbestand zugrunde gelegt werden: A übergibt dem B eine Sache und vereinbart mit ihm eines der im § 868 genannten Schuldverhältnisse, z. B. einen Verwahrungsvertrag und zwar mit der Bestimmung, daß ein Dritter ein Recht auf Herausgabe haben solle. Ein Besitzmittelungsverhältnis liegt also vor. Der Versprechende hat als Verwahrer den unmittelbaren Besitz. Fraglich ist nur, wer nun mittelbarer Besitzer ist, der Versprechensempfänger oder der Dritte. Wenn der Versprechensempfänger keinen Herausgabeanspruch hat, was ja nach § 335 B.G.B. möglich ist, der Dritte somit allein berechtigt ist, ist es m. E. unabweisbar, letzterem auch den mittelbaren Besitz zuzusprechen.

Der Versprechensempfänger kann ihn nicht haben, ihm fehlt der Herausgabeanspruch, der für den Oberbesitzer das Mittel ist, seine tatsächliche Herrschaft über die Sache im Verhältnis zum Mittler geltend zu machen. Nun besteht zwar der mittelbare Besitz nicht lediglich in dem Herausgabeanspruch, sondern ist echte, wenn auch vergeistigte Sachherrschaft, aber der Anspruch ist doch der Kern des mittelbaren Besitzes, wo er fehlt, kann von einer tatsächlichen Herrschaft über die Sache nicht mehr die Rede sein [45]). Das ist zwar bestritten [46]). Viele behaupten, auch ohne Herausgabeanspruch könne mittelbarer Besitz bestehen. Aber sie denken dabei nicht an Fälle, wie den vorliegenden. Die Streitfrage dreht sich darum, ob ein gültiger Herausgabeanspruch

---

[45]) Wolff, Sachenrecht § 8 I 2 Anm. 20; Kipp, bei Windscheid I 797; Biermann § 868 2 a; Rosenberg § 868 II 2 b; RG. 89, 349; Rohde, Studien im Besitzrecht 21, 18.

[46]) Planck, § 868, 3; Gierke D.P.R. II 219.

bestehen müsse oder ob schon genügt, daß die Parteien an eine Verpflichtung des unmittelbaren Besitzers zur Herausgabe glauben, ob also ein nur vermeintlicher Herausgabeanspruch ausreichend ist.

Für den Fall, daß völlige Klarheit darüber herrscht, daß in der Person des einen Vertragsteils kein Herausgabeanspruch begründet ist, wird jenem mittelbaren Besitz auch von den Anhängern der Meinung nicht zugesprochen werden, die das Wesen der tatsächlichen Herrschaft des Oberbesitzers in der Anerkennung des Herausgabeanspruchs durch den Mittler sieht. Es fehlt ja hier diese Anerkennung.

Der Versprechensempfänger ist also nicht Oberbesitzer. Ihm etwa den Anspruch zuzurechnen, den der Dritte hat, erscheint nicht angängig, Subjekt des Herausgabeanspruchs und mittelbarer Besitzer müssen notwendig identisch sein. Es geht nicht an, den einen als Sachherrn zu betrachten, wenn das Mittel, die Herrschaft auszuüben, zur Verfügug eines andern steht.

Die Möglichkeit, daß gar kein Oberbesitz über dem unmittelbaren Besitzer bestehe, ist abzulehnen. Es bleibt also nur übrig, dem Dritten, dem durch Vertrag zugunsten Dritter der ausschließliche Herausgabeanspruch eingeräumt ist, auch mittelbaren Besitz zuzusprechen. Er allein hat die Macht, die Sache an sich zu ziehen, die mittelbare Herrschaft zu einer unmittelbaren zu gestalten, die zeitliche Begrenzung der Herrschaft des Mittlers geltend zu machen, die für Besitzmittel charakteristisch ist.

Mit dem Wortlaut des § 868 ist diese Auffassung durchaus verträglich: Verpflichtet zum Besitz ist der unmittelbare Besitzer, wenn der Dritte ausschließlich berechtigt ist, nur diesem; mit dem Versprechensempfänger steht er zwar im Vertragsverhältnis, aber irgendwelche Pflicht liegt ihm diesem gegenüber nicht ob. Nur der Dritte ist also der „Andere", der auch Besitzer ist.

Im Schrifttum wird nun allgemein in der Frage, ob jemand mittelbarer Besitzer ist, es nicht als genügend angesehen, daß ihm der unmittelbare Besitzer auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Als weiteres Erfordernis wird von manchen aufgestellt: Der Besitz müsse notwendig gerade vom mittelbaren Besitzer an den unmittelbaren als Besitzmittler gekommen sein[47]). Andere verlangen, daß er ihm den Besitz anvertraut haben müsse[48]). Nach der h. M. muß der unmittelbare Besitzer vom Oberbesitzer sein Recht zum Besitz ableiten[49]). Diese Erfordernisse scheinen nun in der Person des Dritten nicht erfüllt zu sein. Aber selbst wenn das der Fall ist, kann das nicht zur Verneinung mittelbaren Besitzes des Dritten führen, denn es ist zu beachten, daß alle diese Ansichten ein Merkmal für die Frage schaffen wollen: Liegt ein Besitzmittelungsverhältnis vor? Es handelt sich also für sie um die Frage: Besteht überhaupt ein Besitzmittelungsverhältnis, während uns hier beschäftigt, wer innerhalb eines unzweifelhaften

---

[47]) Staudinger, § 868 I 2 a.

[48]) Strohal, Dogm. Jahrb. S. 38.

[49]) RG. 49, 173; Planck § 868, 2 b; Biermann § 868, 2c; Wolff, Sachenrecht § 8, I 1 a.

Besitzmittelungsverhältnisses mit mehreren Subjekten auf einer Seite mittelbarer Besitzer sei. Die Definitionen sind also alle auf normale Gestaltung eines Besitzmittelungsverhältnisses zugeschnitten und berücksichtigen nicht die Abweichungen, die sich etwa daraus ergeben, daß der dem Verhältnis zu Grunde liegende Vertrag ein Vertrag zu Gunsten Dritter ist. Man wird also die aufgestellten Erfordernisse, z. B. das von der h. M. geforderten Besitzrechtsableitung, dahin erweitern können, daß der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitz statt von dem mittelbaren Besitzer selbst von demjenigen ableiten kann, der ihm den Anspruch durch Vertrag zu Gunsten Dritter verschafft hat [50]).

Nicht entgegen steht dem mittelbaren Besitz des Dritten, daß er nicht Subjekt des ganzen Rechtsverhältnisses ist, sondern ihm nur der Herausgabeanspruch zusteht. Nach der Meinung von Bruns [51]), wonach das sogen. Besitzcorpus nicht der Herausgabeanspruch, sondern das Rechtsverhältnis zwischen Herr und Mittler als Ganzes ist, müßte man zu dem entgegengesetzten Ergebnis kommen. Bruns selbst zieht diese Folgerung nicht, sondern betont an anderer Stelle in offenbarem Widerspruch zu der eben zitierten, daß nicht nur der mittelbarer Besitzer sein könne, der vollständig Vertragspartei mit allen Rechten und Pflichten sei [52]). Daß diese Ansicht die richtige ist, geht unzweifelhaft aus § 870 hervor. Der Zessionar des Herausgabeanspruchs ist nach § 870 mittelbarer Besitzer. Auch er tritt aber nicht in das ganze Rechtsverhältnis ein, sondern ist nur Gläubiger des Anspruchs. Damit ist erwiesen, daß diese Gläubigerstellung eben das Wesentliche beim mittelbaren Besitz ist [53]), sie ist der Kern der tatsächlichen Herrschaft. Diese Erkenntnis und die daraus auf mittelbaren Besitz des Dritten beim Vertrag zu Gunsten Dritter zu ziehende Folgerung ist Hellwig zu verdanken. Nur nimmt er zu Unrecht an, daß ein Besitzübergang analog § 870 vorliege, daß der mittelbare Besitz des Versprechensempfängers auf den Dritten übergehe, während dieser in Wirklichkeit selbständigen und eigenen mittelbaren Besitz auf Grund des § 868 erlangt. Aus § 870 folgt also, daß der Dritte mittelbaren Besitz haben kann, trotzdem nicht das ganze Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer besteht.

Auch daß der Dritte vom Erwerb des mittelbaren Besitzes nichts weiß, gar nicht den Besitzerwerbswillen hat, steht dem Erwerb nicht entgegen. Wie für den Besitzerwerb überhaupt nach B.G.B. Besitzwille nicht gefordert werden darf [54]), so vollzieht sich auch der Erwerb des mittelbaren Besitzes, ohne daß ein darauf gerichteter

---

[50]) Kluckhohn, Verfügungen S. 182.

[51]) Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter S. 157.

[52]) Bruns, S. 125 ff.

[53]) Ebenso v. Thur, Allg. Teil II 1 S. 227 Anm. 150. Müller-Erzbach, Dogm. Jahrb. 53 S. 364.

[54]) Leonhard, Lehrb. S. 105, Vertretung S. 58 vor A. 3.

Wille vorhanden ist [55]. Freilich ist beides äußerst bestritten [56]. Die ganze Streitfrage kann hier nicht aufgerollt werden, für den Erwerb mittelbaren Besitzes geht m. E. schon aus dem Wortlaut des § 868 die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht hervor. Er stellt lediglich auf die objektive Tatsache des Bestehns eines der Rechtsverhältnisse ab und knüpft daran die Folge, daß „der andere auch Besitzer ist". Ob er das will oder nicht, ist gleichgültig. Auch in anderen Fällen wird mittelbarer Besitz erworben, ohne daß es auf den Erwerbswillen des Oberbesitzers ankäme: Wenn der unmittelbare Besitzer ein Rechtsverhältnis der im § 868 gedachten Art gemäß § 181 im Wege des Verhandelns mit sich selbst herstellt (in äußerlich erkennbarer Weise), so wird der andere ohne weiteres Besitzer [57]. Wenn der Mieter auf andere Weise in den Besitz der Mietssache gelangt als durch Uebergabe seitens des Vermieters, z. B. durch eigene Handlung, so wird der Vermieter mittelbarer Besitzer [58]. Freilich ist auch das sehr bestritten [59]. Einigkeit aber scheint darüber zu herrschen, daß derjenige, auf den der Herausgabeanspruch, statt wie nach § 870 durch Vertrag, kraft Gesetzes übergeht, mittelbarer Besitzer wird [60], ohne daß man doch in diesem Falle von einem Besitzerwerbswillen reden könnte.

Daß dieses Ergebnis den Dritten unbillig beschwere, ist nicht anzunehmen. Ist ihm seine Besitzerstellung unerwünscht, so kann er sie durch Ausschlagung des obligatorischen Rechts nach § 333 B.G.B. zum Wegfall bringen.

Dieser Besitzerwerb ist aber nicht etwa auf eine neben dem obligatorischen Vertrage herlaufende sachenrechtliche Einigung zurückzuführen, wie Bruns [61] und im Anschluß an ihn Kluckhohn [62] wollen. Auf diese Ansicht muß hier näher eingegangen werden, weil von manchen die Anwendung der hier allgemein für den Vertrag zugunsten Dritter gefundenen Grundsätze auf den Frachtvertrag abgelehnt wird mit der Begründung, daß es bei diesem an eben dieser sachrechtlichen Einigung fehle. Wäre der Besitzerwerb des Dritten tatsächlich auf eine solche neben dem obligatorischen Vertrage herlaufende Einigung zurückzuführen, dann würde eine Begründung mittelbaren Besitzes durch Vertrag zugunsten Dritter nicht möglich sein. Denn nach der durchaus herrschenden, insbesondere auch vom Reichsgericht ständig festgehal-

---

[55] Wolff, Sachenrecht § 8 Anm. 5; Leonhard, Vertretung S 76; Siber, Die Frage der Verfügungsgeschäfte, Festgabe für Sohm, S. 23; Biermann, Sachenrecht § 868, 6. Auch das RG. erkennt in Warneyer, Rechtspr. 15, 94 f. die Möglichkeit des Erwerbs mittelbaren Besitzes ohne Zuziehung und damit ohne Wissen und Willen des Erwerbers an.

[56] z. B. Planck 868, 4a; Gierke, DPR. II S. 228; Bruns, Besitzerwerb S. 165 ff.; Rohde, Studien 15, 46.

[57] R.G.K. § 868, 5.

[58] Wolff, Sachenrecht § 8 I a; Biermann § 8, 6 b.

[59] u. a. von Planck § 868, 4 b; Bruns S. 166 ff.; Hellmann, Krit. V. J. Schr. 50, 111.

[60] R.G.K. § 870, 1; Planck 2; Staudinger 5; Biermann 2 zu § 870; Siber a. a. O. S. 23, Rosenberg § 868 II.

[61] Bruns, Besitzerwerb S. 125 ff.

[62] Kluckhohn, Verfügungen S. 177 ff.

tenen Ansicht finden die §§ 328 ff. auf dingliche Verträge keine Anwendung [63]). § 328 spricht nur von Verträgen auf Leistung, eine analoge Anwendung auf die anders gearteten dinglichen Verträge erscheint nicht zulässig.

Dagegen spricht nicht nur der Wortlaut. Bei dem schuldrechtlichen Vertrage zugunsten eines Dritten treffen die Vertragswirkungen als Ganzes den Vertragsgegner, während der Dritte nur einen Anspruch erwirbt. Der Vertrag erschöpft sich also nicht in dem Rechtserwerb des Dritten, sondern hat auch die Begründung rechtlicher Beziehungen zwischen den Kontrahenten zur Folge. Das ist bei einem dinglichen Vertrage wenigstens in der Regel anders [64]). Hier wäre der Erwerb des Rechts des Dritten die einzige Vertragswirkung. Das aber läßt sich durch Stellvertretung auch erreichen. Ein Bedürfnis für analoge Anwendung ist für den ganzen Bereich der dinglichen Verträge noch nicht nachgewiesen.

Wäre also der Erwerb des mittelbaren Besitzes in § 868 auf eine dingliche Einigung zurückzuführen [65]), so könnte der Dritte nicht mittelbarer Besitzer werden, es sei denn, er wäre an der Einigung beteiligt. Aber diese Ansicht von Bruns ist unzutreffend. Nach ihm hat man für den Fall, daß das in § 868 vorausgesetzte Verhältnis ein Schuldverhältnis ist, zwischen dem obligatorischen Vertrag und der Einigung zugunsten des Dritten zu unterscheiden. Nur letzterer soll überhaupt imstande sein, eine Aenderung im Besitzstande hervorzurufen. Aus § 868 geht die Notwendigkeit einer dinglichen Einigung über die Begründung mittelbaren Besitzes nicht hervor. Aus dem Gesetz folgt, daß der mittelbare Besitz ipso jure in der Person dessen entsteht, zu dem der unmittelbare Besitzer in einem der dort genannten Verhältnisse steht. Wie künstlich die gegenteilige Ansicht ist, geht daraus hervor, daß Kluckhohn um das nicht zu leugnende Fehlen eines darauf gerichteten Willens der Parteien unschädlich zu machen, annimmt, das Gesetz fingiere die Einigung. Die notwendige Konsequenz dieser Ansicht ist, daß die Parteien trotz Vorliegens aller Voraussetzungen des § 868 die Besitzwirkungen müßten ausschließen können, eine Konsequenz, zu der Bruns in der Tat gelangt [66]). Jedoch widerspricht das aufs schärfste dem Wortlaut wie dem Sinn des § 868 und ist ebensowenig möglich, wie eine Begründung mittelbaren Besitzes durch bloße besitzrechtliche Einigung ohne Schaffung eines der im § 868 genannten Verhältnisse.

Die Ansicht von Bruns läuft letzten Endes auf das Erfordernis des Besitzerwerbswillens hinaus [67]), das oben schon abgelehnt worden ist.

Der Erwerb des mittelbaren Besitzes ist vielmehr eine kraft Gesetzes eintretende dingliche Nebenwirkung des obligatorischen Vertrages [68]). Er erfolgt deshalb auch dann, wenn dieser ein Vertrag zu-

---

[63]) R.G. 66, 99, 98, 282; R.G.K. 328, 1; Hellwig, Verträge S. 53; Wolff, Sachenrecht § 66,I 1; § 38 Anm. 13.

[64]) Vgl. Siber, Festgabe für Sohm, S. 7.

[65]) So anscheinend auch Gierke, D.P.R. II S. 239; v. Tuhr, Allg. Teil II 1 S. 227 Anm. 149/50.

[66]) Bruns, S. 165.

[67]) Vgl. Bruns, S. 164.

[68]) Siber, a. a. O. S. 24.

gunsten eines Dritten ist. Das ist, eben weil die Besitzerwerbswirkung nur eine notwendige Nebenwirkung des schuldrechtlichen Vertrages ist, keine Ausnahme von der Unzulässigkeit dinglicher Verträge zugunsten Dritter, wie Hellwig richtig bemerkt [69]). Diese mit einem reinen Schuldvertrage verbundene Veränderung der dinglichen Rechtslage steht auch nicht vereinzelt da. So ist gemäß § 952 der Erwerb des Eigentums am Schuldschein mit dem Erwerb des Forderungsrechts notwendig verbunden, und wenn letztere durch einen Vertrag zweier anderer Personen zu Rechten des Erwerbers erfolgt, so erwirbt dieser durch den schuldrechtlichen Vertrag Eigentum, ohne daß er selbst dabei mitwirkt [70]).

Dieser Erwerb mittelbaren Besitzes für den Dritten, der ein Recht auf Herausgabe hat, ist nun auch dann anzunehmen, wenn der Dritte nicht ausschließlich berechtigt ist, sondern auch der Versprechensempfänger einen Anspruch auf Herausgabe (an den Dritten) hat. Der Versprechensempfänger hat in diesem Falle Besitz, weil in seiner Person alle Voraussetzungen des § 868 erfüllt sind. Daß sein Anspruch nicht auf Herausgabe an ihn selbst, sondern an den Dritten gerichtet ist, ist seiner Besitzerstellung nicht abträglich [71]). Das ist bestritten. [72]). Man behauptet, daß der Versprechende nur dem Dritten gegenüber zum Besitz berechtigt oder verpflichtet sei, daß die Beziehung des Versprechensempfängers selbst zur Sache aufgehoben sei. Wenn man das Wesen der tatsächlichen Herrschaft des mittelbaren Besitzers mit manchen Autoren [73]) darin sieht, daß jener die Sache von einem gewissen Zeitpunkt an an sich ziehen, die mittelbare Beziehung zur Sache in unmittelbaren Besitz umwandeln kann, so kann diese Behauptung gerechtfertigt erscheinen. Aber m. E. ist die Möglichkeit, die Herausgabe der Sache an einen anderen zu erzwingen, noch ein genügender Rest von Sachherrschaft; sowohl der Besitzmittler, wie überhaupt der Verkehr wird den noch als Besitzherrn ansehen, der über die Sache so verfügen kann. Der Versprechensempfänger hat eben ein Interesse an dem späteren Besitzerwerb des Dritten; daß er ihn herbeiführen kann, ist eine genügende Beziehung zur Sache. Der Versprechensempfänger ist also mittelbarer Besitzer.

An der Beziehung des Dritten zur Sache wird aber dadurch nichts geändert, daß er nicht allein berechtigt ist. Es haben eben dann beide eine tatsächliche Gewalt über die Sache, vermöge ihrer Beziehung zum Besitzmittler. Sie sind folglich als mittelbare Mitbesitzer zu betrachten.

Das Ergebnis der Erörterung ist also: Bei einem obligatorischen Besitzmittelungsverhältnis zu Rechten eines Dritten ist der Dritte

---

[69]) Hellwig, Verträge, S. 54 Anm. 103.

[70]) Strohal, Dogm. Jahr., 38 S. 87.

[71]) Wolff, Sachenrecht § 8, I 3; Kipp zu Windscheid I 800.

[72]) Rosenberg § 868, II, 2a; Bruns S. 126; Kluckhohn S. 181; Rohde, Studien 23 S. 75 Nr. 19.

[73]) R.G.K. § 868 II.

mittelbarer Besitzer, und zwar Allein- oder Mitbesitzer, je nachdem er allein oder neben dem Versprechensempfänger berechtigt ist. Diese Ansicht darf in der Literatur als anerkannt gelten.[74]).

Diese hier allgemein für den Vertrag zugunsten Dritter gewonnenen Grundsätze müssen sich nun auch auf den handelsrechtlichen Frachtvertrag anwenden lassen, da dieser nach richtiger, durchaus herrschender Ansicht ein Vertrag zugunsten Dritter ist. Trotzdem wird die Anwendung auf ihn von Planck, Kluckhohn und Wolff abgelehnt[75]). Bewußt macht den Unterschied nur Wolff; und er begründet ihn damit, daß das Recht des Empfängers beim Frachtvertrage kraft Gesetzes entstehe, daß es beim Frachtvertrage an einer vertraglichen Anspruchseinräumung zugunsten des Empfängers fehle. Daß das Recht des Empfängers kraft Gesetzes entsteht, ist richtig, insofern, als es auch zustande kommt ohne dahingehenden Willen der Parteien. Aber es ist trotzdem eine Wirkung des Vertrages, nur daß dieser kraft Gesetzes den Inhalt hat, daß ein Recht des Empfängers aus ihm entsteht.

Das kommt auch beim bürgerlich-rechtlichen Vertrag zugunsten Dritter vor. Auch ohne daß der Wille der Parteien darauf ging, kann ein Recht des Dritten entstanden sein, wenn Umstände und Zweck des Vertrages dafür sprechen. Es ist anerkannt, daß § 328 Abs. 2 B.G.B. nicht nur Auslegungsnorm, sondern ergänzende Rechtsnorm ist.[76]) Auch in diesem Falle ist das Recht des Dritten nicht auf Grund der ergänzenden Gesetzesbestimmung entstanden und doch wird niemand für den Erwerb des mittelbaren Besitzes einen Unterschied zwischen den beiden Fällen machen. § 435 B.G.B. ist nun ersichtlich ein Anwendungsfall des § 328 Abs. 2 BGB. Wer leugnet, daß das Recht des Empfängers ein Recht aus dem Vertrage sei, der verneint die Eigenschaft des Frachtvertrags als Vertrags zugunsten Dritter.

Eine verschiedenartige Behandlung der beiden Fälle ist also nicht gerechtfertigt. Die Unterscheidung ist nur verständlich von dem Standpunkt aus, daß in dem Abschluß des obligatorischen Vertrages zugleich der Abschluß einer dinglichen Einigung über den Besitzerwerb enthalten sei, daß also der Erwerb mittelbaren Besitzes des Dritten auf eine neben dem obligatorischen Vertrage herlaufende sachenrechtliche Einigung zugunsten des Dritten zurückzuführen sei. Daß diese allerdings durch die ergänzende Gesetzesnorm nicht zu ersetzen ist, ist zuzugeben.

---

[74]) Vgl. Rosenberg, D.J.Z. 1912 S. 543; Rosenberg, Sachenrecht § 868 II, 2a; Staud. Kober 9. Aufl. § 868 II, 1c; Biermann Bem. 2 S. 868; Kniep, Besitz S. 142; Wolff, Sachenrecht § 8, I, 3; Planck § 868, 2b Abs. 5; Kipp bei Windscheid I 800; Siber, Verfügungsgeschäfte S. 23; Rohde, Studien 21, 21; Kluckhohn S. 181; Bruns S. 125; K.G. in O.L.G. 15, 12, mit untereinander verschiedener Begründung, auf die oben zum Teil eingegangen ist. Hellwig, der bei diesem Punkt öfter zitiert wird, z. B. von Staud. 868 II, 1c, kommt teilweise zum gleichen Ergebnis, weicht aber in der Begründung sehr stark ab. Näheres darüber im Zusammenhang unten. — Dagegen ausdrücklich nur R.G. 66, 99; Endemann, Sachenrecht § 80 Anm. 30; Kreß, Besitz und Recht S. 240 f.

[75]) Planck § 929, 2 III; Kluckhohn, S. 67; Wolff, Ehrenbergs Handbuch IV, 1 S. 29.

[76]) Planck § 328; Staudinger § 328 I, 2; Hellwig, Verträge S. 149.

Sie müßte also, falls diese Ansicht richtig wäre, noch ausdrücklich getroffen werden, damit der Empfänger mittelbarer Besitzer werden könnte. Bruns, der Begründer dieser Ansicht, macht in der Tat die Frage, ob der Dritte beim Frachtvertrag mittelbarer Besitzer werde, davon abhängig, daß zwischen Absender und Frachtführer ausdrücklich eine derartige Vereinbarung zugunsten des Empfängers zustande gekommen sei [77]), und Wolff billigt diese Auffassung, setzt aber mit Recht hinzu, daß eine solche Einigung niemals vorhanden sein werde [78]).

Diese Ansicht ist oben schon als unzutreffend abgelehnt worden. Der Erwerb mittelbaren Besitzes des Dritten ist nicht auf eine besondere sachenrechtliche Einigung zurückzuführen, sondern von selbst eintretende dingliche Nebenwirkung des obligatorischen Vertrages und es kann keinen Unterschied machen, ob dieser Vertrag auf Grund ausdrücklicher Parteibestimmung oder, wie beim Frachtvertrage, auf Grund einer Gesetzesvorschrift dem Dritten den Herausgabeanspruch verschafft, der die Grundlage für den Erwerb des mittelbaren Besitzes bildet.

Auch der Empfänger beim Frachtvertrag ist somit mittelbarer Besitzer auf Grund des § 868 B.G.B., und zwar, sobald ihm ein Herausgabeanspruch zusteht, d. h. nach Ankunft des Gutes. Diese Ansicht wird in der Literatur von Cosack, Simeon, Kniep und Senkpiehl [79]) vertreten. Sie entspricht den Anforderungen des Verkehrs: die wichtigsten und häufigsten Fälle der Versendung sind die von Ort zu Ort. Nach der Ankunft des Gutes am Bestimmungsort ist der Empfänger viel besser als der Absender in der Lage, den Besitzschutz, den der Oberbesitzer neben dem Mittler hat, auszuüben. Der Absender wird dadurch nicht benachteiligt, da er auch Besitzer bleibt.

Dem mittelbaren Besitz des Empfängers steht nicht entgegen, daß der Herausgabeanspruch nicht schon mit dem Abschluß des Vertrages entsteht. Durch diesen waren die übrigen Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes: unmittelbarer Besitz des Mittlers und das Rechtsverhältnis des § 868 geschaffen worden. Sobald nun dazu der Herausgabeanspruch des Dritten (Empfängers) tritt, erwirbt dieser ohne weiteres auch mittelbaren Besitz. Der Besitzerwerb ist eben in jeder Beziehung, auch in seiner zeitlichen Begrenzung, eine Nebenwirkung des obligatorischen Rechtserwerbs.

Auch daß dem Empfänger der Herausgabeanspruch bis zur Klageerhebung vom Absender noch entzogen werden kann, hindert die Annahme mittelbaren Besitzes des Empfängers nicht. Zwar stellt sich infolgedessen die Sachherrschaft des Empfängers im Verhältnis zu der des Absenders als die schwächere dar, aber solange das Verfügungsrecht nicht ausgeübt, der Herausgabeanspruch somit nicht erloschen ist, dauert eben die Beziehung des Empfängers zur Sache fort, solange ist

---

[77]) Bruns, Besitzerwerb S. 136.

[78]) Wolff, Ehrenbergs Handbuch S. 29, Note 15.

[79]) Cosack, Handelsrecht § 146, I, 6; Simeon, Recht und Rechtsgang I, 2 § 94 Anm. 5; Kniep, Besitz S. 143; Senkpiehl, Zeitschr. f. Verkehrswissenschaft I, Heft 4 S. 47, ferner die Diss. von Hellhof 1903 und Gärtner, Besitzwechsel am Frachtgut 1912.

seine Stellung im Verhältnis zum Besitzmittler genau die gleiche, wie wenn der Anspruch unentziehbar wäre. Würde man dies letztere nicht annehmen, dann würde jedenfalls der Empfänger mit Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung mittelbarer Besitzer auf Grund des § 868, da von da ab sein Anspruch unentziehbar ist.

Demnach bestehen für den mittelbaren Besitz des Empfängers beim Frachtvertrag keine grundsätzlichen Abweichungen gegenüber dem des Dritten beim Vertrag zu Gunsten Dritter nach B.G.B. Der Empfänger ist Besitzer seit Ankunft des Gutes.

Macht der Absender von seinem Rechte Gebrauch, einen neuen Empfänger zu bestimmen, dann tritt dieser wie in die obligatorische, so auch in die Besitzstellung des ursprünglichen Empfängers ein. Er ist von nun an der „Dritte" beim Frachtvertrage zu Rechten eines Dritten, ihm steht der Herausgabeanspruch zu. Damit erwirbt er auch mittelbaren Besitz, da dessen Erwerb, wie oben gezeigt, eine von selbst eintretende dingliche Nebenwirkung des obligatorischen Rechtes ist.

Neben dem mittelbaren Besitz des Empfängers, sei es nun des ursprünglichen oder eines neu eingesetzten, besteht weiter der mittelbare Besitz des Absenders. Dieser verliert nicht etwa den mittelbaren Besitz, wenn der Empfänger ihn erwirbt, da auch er weiter obligatorisch aus dem Vertrage berechtigt bleibt. Daß sein Herausgabeanspruch nicht auf Herausgabe an ihn selbst, sondern an den Empfänger gerichtet ist, tut, wie oben bereits nachgewiesen ist, seiner Besitzerstellung keinen Abbruch. Die Ansicht, daß der Empfänger mit Ankunft des Gutes mittelbarer Alleinbesitzer werde, wird von niemandem verfochten [80]). Veräußerer und Erwerber sind also mittelbare Mitbesitzer und zwar auf gleicher Besitzstufe.

§ 9. Eigentum und Pfandrecht.

Es fragt sich, ob dieser Erwerb mittelbaren Besitzes des Empfängers auf Grund des Frachtvertrages nun auch eine genügende reale Grundlage für den Erwerb des Eigentums oder Pfandrechts ist, wenn eine Uebereignung oder Verpfändung der versendeten Sache an den Empfänger beabsichtigt ist. Zweifelhaft ist, auf welche Bestimmung sich, um zunächst die Uebereignung ins Auge zu fassen, der Eigentumserwerb gründen könnte. In Frage kommt § 929, 1 und 2 B.G.B.

Kann man die Verschaffung mittelbaren Besitzes für den Empfänger ohne seine Mitwirkung als Uebergabe im Sinne des § 929 Abs. 1 auffassen, wie das Reichsgericht in Warneyers Rechtsprechung 15 S. 94 will? M. E. darf man das nicht [81]). Denn grundsätzlich ist Uebergabe nur die Uebertragung unmittelbaren Besitzes, nicht die Beschaffung mittelbaren [82]). Zwar wurde in dem im I. Hauptteil behandelten äußerlich ähnlichen Fall, wenn nämlich der Veräußerer die Sache einem vom Erwerber beauftragten Frachtführer übergibt, diese Uebergabe

---

[80]) Wolf zitiert in Ehrenbergs Handbuch S. 29 Nr. 13 irrigerweise Kniep als Vertreter dieser Ansicht. Kniep, S. 143, spricht aber nur schlechthin von Besitz. Das schließt Mitbesitz des Absenders nicht aus.

[81]) Verneinend auch Wolff, Sachenrecht § 66 Nr. 6.

[82]) Wolff § 66, I; Leonhard, Lehrbuch S. 120, I B.

der h. M. der Uebergabe an den Erwerber gleichgeachtet, so daß dieser nach § 929 I Eigentümer wird, obwohl er dort ebenfalls nur mittelbaren Besitz erwirbt. Aber es besteht doch ein innerer Unterschied zwischen jenem und dem hier vorliegenden Falle. Uebergabe setzt regelmäßig eine Mitwirkung des Empfängers voraus. Diese ist in dem oben dargelegten Falle vorhanden, indem nämlich die Tätigkeit des vom Erwerber Beauftragten diesem zugerechnet wird. Daran fehlt es aber, wenn der Veräußerer und der von ihm Beauftragte vereinbaren, daß der Erwerber herausgabeberechtigt sein soll. Der Erwerber erlangt dadurch zwar den mittelbaren Besitz, aber ohne sein Zutun. Das kann keine Uebergabe im Sinne des § 929 I sein. Eine Uebereignung nach § 929 I kann also nicht in Frage kommen, wohl aber bietet dieser Besitzerwerb die Möglichkeit, nach § 929 Satz II Eigentümer zu werden, da es für die Anwendung dieser Vorschrift gleichgültig ist, wie der Besitz erworben ist[83]).

Besitz im Sinne des § 929 Satz II ist auch der mittelbare Besitz. Das ist bestritten. Endemann[84]) behauptet, nur wenn der Erwerber die unmittelbare tatsächliche Gewalt habe, sei ein zur äußerer Verlautbarung des dinglichen Erwerbs genügender Ersatz der Uebergabe vorhanden. Diese Einschränkung ist aber aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, vielmehr ist unter Besitz in § 929 II auch der mittelbare Besitz mit zu verstehen[85]). Das folgt daraus, daß mittelbarer Besitz wirklicher Besitz ist, nicht nur eine Fiktion, wie von Wendt und Müller-Erzbach[86]) behauptet worden ist. Ueberall, wo im B.G.B. von Besitz schlechthin die Rede ist, ist daher der mittelbare Besitz mitgemeint[87]). Auch mittelbarer Besitz bietet also die Grundlage für Eigentumserwerb nach § 929 Satz 2. Ist dies bei dem mittelbaren Besitz des Empfängers im Frachtvertragsrecht auch der Fall?

Die Frage muß verneint werden. Der Umstand, der einem Eigentumserwerb des Empfängers entgegensteht, auch wenn eine vollgültige Einigung vorliegt, ist der weiterbestehende Besitz des Absenders. Wie gezeigt worden ist, sind Absender und Empfänger Mitbesitzer. Die Einigung unter Mitbesitzern genügt aber zur Eigentumsübertragung nach § 929 S. 2 nicht, ebensowenig wie in 929 S. 1 die Uebertragung des Mitbesitzes ausreichend ist, wenn der Veräußerer selbst Mitbesitzer bleibt. Das folgt mittels argumentum e contario aus §§ 1081 und 1206 B.G.B. Nach diesen Bestimmungen genügt anstelle der Uebergabe die Einräumung des Mitbesitzes. Da dies offenbare Ausnahmebestimmungen sind, ist das sonst nicht der Fall[88]). Das würde sich wohl auch ohnedies daraus ergeben, daß andernfalls dem Erfordernis der Kenntlichkeit der Rechtsänderung nicht Genüge getan wäre. Was für § 929

---

[83]) Stöwer, Archiv für bürgerliches Recht 26, S. 166.

[84]) Endemann, Sachenrecht § 80 Anm. 20.

[85]) H.M.: R.G.K. 929, 6; Kretschmar § 929, 3; Wolff, Sachenrecht § 66, II.

[86]) Wendt, Archiv f. zivile Praxis 83 S. 48; Müller-Erzbach, Dogm. Jahrb. 53, S. 364.

[87]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 7 Nr. 15; Eck, Vorträge 2, S. 117.

[88]) R.G. in Gruchot 62 S. 615; R.G.K. 929 Nr. 4; Wolff, Dogm. Jahrb. 44, S. 187, Sachenrecht § 66 Anm. 4.

S. 1 gilt, ist entsprechend auch auf Satz 2 anzuwenden. Einigung unter Mitbesitzern genügt also zur Uebereignung nicht [89]).

Nicht steht entgegen R.G. in Seufferts Archiv 41 Nr. 90 = E 13 S. 179. Denn einmal handelt es sich hier um Uebertragung ideeller Anteile unter Miteigentümern. Dann aber nimmt das R.G. ausdrücklich an, daß die Veräußerer aus ihrem bisherigen Mitbesitz durch den abgeschlossenen Vertrag ausscheiden. Hieraus kann man im Gegenteil entnehmen, daß auch das R.G. die bloße Einigung dann nicht für genügend hält, wenn der Veräußerer Mitbesitzer bleibt. Und das ist hier der Fall, solange auch dem Absender ein Herausgabeanspruch zusteht.

Auch die Entstehung des Pfandrechts, sofern Verpfändung beabsichtigt ist, ist in diesem Zeitpunkt noch nicht möglich. Zwar ist nach § 1206 B.G.B. für die Verpfändung in gewissen Fällen die Einräumung des Mitbesitzes genügend. Aber § 1206 fordert, daß die Sache, falls sie sich wie hier im Besitze eines Dritten befindet, nur an Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich dürfe herausgegeben werden. Es ist also ein besonders qualifizierter Mitbesitz erforderlich. Dieser ist aber zwischen Absender und Empfänger wenigstens vor Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung noch nicht vorhanden. Der Absender (Eigentümer der Pfandsache) kann als solcher durch Ausübung seines Verfügungsrechts nach §§ 433, 435 H.G.B. den Herausgabeanspruch des Empfängers zerstören und Herausgabe an sich selbst erzwingen. Das widerspricht dem Zwecke der Verpfändung, eine solche ist daher jetzt noch nicht möglich.

III. Abschnitt.

Von der Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung bis zur Uebergabe des Gutes an den Empfänger.

§ 10. Besitz.

Die Frachtbriefübergabe, der kraft positiver Gesetzesvorschrift die Erhebung der Klage durch den Empfänger gegen den Frachtführer gleichgestellt ist, hat zunächst eine schuldrechtliche Wirkung. Nach § 433 II erlischt das Verfügungsrecht des Absenders dadurch. Erst jetzt ist also das Recht des Empfängers auf Auslieferung des Gutes, das er seit dessen Ankunft am Bestimmungsort hat, unentziehbar geworden. Das ist die letzte Stufe der allmählichen Entwicklung seiner Rechte im Frachtvertragsverhältnis. Eine Anweisung des Absenders an den Frachtführer, die nach diesem Zeitpunkt erfolgt, kann das Recht des Empfängers nicht mehr zum Untergang bringen. Das gleiche gilt von der Klageerhebung und zwar auch dann, wenn im Einzelfalle ein Frachtbrief gar nicht ausgestellt ist. Nicht ist der Ansicht von Eger [90]) beizustimmen, daß dann, wenn kein Frachtbrief ausgefertigt ist, erst die Uebergabe des Gutes selbst das Verfügungsrecht des Absenders zum

---

[89]) R.G.K. § 929, 6. R.G.Z. 108, S. 123.

[90]) Eger, Frachtrecht II, S. 101.

Untergang bringen könne. § 435 S. 2 H.G.B., auf den § 433 Abs. 2 bezug nimmt, spricht zwar von einer Klage auf Uebergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Gutes. Aber daraus die Folgerung zu ziehen, daß eine Klage auf Auslieferung des Gutes allein nicht die Wirkung des § 433 Abs. 2 habe, heißt allzusehr am Worte haften. „Klage gemäß § 435", wie sie in § 433 Abs. 2 gefordert wird, ist die Klage auf Erfüllung der dem Empfänger aus dem Frachtvertrag geschuldeten Leistungen. § 435 erwähnt nur beispielsweise Frachtbriefübergabe und Auslieferung des Gutes. Die Fassung des Gesetzes ist auf den Regelfall zugeschnitten. Ist ein Frachtbrief nicht ausgestellt, dann ist eben die Auslieferung allein Erfüllung des Frachtvertrages und die Klage darauf eine Klage „gemäß § 435". Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt also auch in diesem Falle durch die Klageerhebung.

Es fragt sich, ob der Wegfall des Verfügungsrechts des Absenders einerseits, das Unentziehbarwerden des Empfängerrechts andererseits eine Aenderung in der Besitzerstellung des Absenders oder des Empfängers hervorruft. Was zunächst den mittelbaren Besitz des Absenders betrifft, so ist zuvor die schuldrechtliche Frage zu untersuchen, ob der Absender trotz Verlust seines Verfügungsrechts noch das Forderungsrecht auf Herausgabe des Gutes an den Empfänger behalten hat, bejahendenfalls dann die weitere Frage, ob dieser Herausgabeanspruch stark genug ist, ihm den mittelbaren Besitz zu erhalten. Beide Fragen sind zu bejahen.

Zur ersten ist zu bemerken: Nach dem Wortlaut des § 433 Abs 2, „der Frachtführer hat nur die Anweisung des Empfängers zu beachten", könnte es scheinen, als brauche der Frachtführer auch ein Verlangen des Absenders nach Herausgabe an den Empfänger nicht mehr zu befolgen. Aber demgegenüber ist zu beachten, daß die Vernichtungswirkung der Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung dem Zweck dient, die Befehlsgewalt des Asenders, soweit sie sich gegen den Empfänger richtet, zu beseitigen. Nicht ist damit beabsichtigt, den Absender von der Sache auszuschließen, insoweit seine Interessen mit denen des Empfängers gleichlaufen. Der Absender wird in den meisten Fällen ein starkes Interesse an der gehörigen Ablieferung an den Empfänger haben, diesem den Schutz zu versagen, liegt kein Anlaß vor. Das Recht, Ablieferung an den Empfänger zu verlangen, ist nicht etwa ein Bestandteil des Verfügungsrechtes. Im Gegenteil ist dieses als unselbständiges Gestaltungsrecht ein Annex des Forderungsrechts. Das Forderungsrecht hat der Absender aus dem gegenseitigen Vertrage ohnehin, es ist in § 433 Abs. 1 nicht mitbegriffen, wird also auch durch § 433 Abs. 2 nicht berührt [94]). Auch nach § 335 B.G.B. ist kein anderes Ergebnis anzunehmen. Daß hier einer der am § 335 B.G.B. durch die Worte „im Zweifel" vorgesehenen Ausnahmefälle vorliege, wie Hellwig annimmt, dürften nach dem oben Ausgeführten nicht zutreffend sein.

---

[94]) Lehmann § 433 Nr. 14; Makower I c, 1; Cosack, H.R. § 46, I, 2a; Wolff, Ehrenbergs Handbuch S. 29, a a.O. I. G. Hamburg in Recht 20 Nr. 1580 und 2009; Düringer-Hachenburg § 433 Anm. 11.

Dieser Herausgabeanspruch genügt aber auch, um dem Absender den mittelbaren Besitz zu erhalten. Er ist der Kern des mittelbaren Besitzes. Das Forderungsrecht allein ist das Herrschaftsrecht im Sinne Seckels[95]), das durch die Herrschaft über die Person des Herausgabepflichtigen mittelbar die Herrschaft über die Sache gewährt, die als mittelbarer Besitz anerkannt wird. Das Verfügungsrecht als Gestaltungsrecht aber hat zum Inhalt nicht die Herrschaft über Objekte, sondie Macht, solche Herrschaftsrechte inhaltlich zu verändern oder aufzuheben. Es kann nicht als Träger des mittelbaren Besitzes angesehen werden. Dies ist vielmehr der Herausgabeanspruch. Da der Absender diesen behält, bleibt er Besitzer. Daß sein Herausgabeanspruch nicht auf Herausgabe an ihn selbst, sondern an den Dritten, den Empfänger gerichtet ist, ändert daran nichts.

Der Empfänger bleibt auch nach Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung weiter im mittelbaren Besitz, seine schuldrechtliche Stellung, die dafür die Grundlage ist, ist ja noch verstärkt worden. Der Frachtführer vermittelt also weiter zugleich dem Absender und Empfänger den Besitz; so ist die Besitzlage äußerlich unverändert. In der inneren Struktur dieses mittelbaren Mitbesitzes ist aber eine Aenderung eingetreten und zwar dadurch, daß nun auch der Absender nur Auslieferung an den Empfänger verlangen kann, während er vorher durch Ausübung des Verfügungsrechts das Schicksal des Gutes anderweit bestimmen konnte. Die Besitzstellung des Empfängers ist jetzt stärker. Die Konsequenzen dieser inneren Veränderung des Mitbesitzes werden sich bei der Verpfändung zeigen.

§ 11. Eigentum und Pfandrecht.

Was zunächst die Eigentumsverhältnisse betrifft, so ist hier eine Aenderung nicht festzustellen. Wie schon oben dargelegt, ist eine Uebereignung unter Mitbesitzern durch bloße Einigung unmöglich. Da Absender und Empfänger Mitbesitzer bleiben, wird der Empfänger auch jetzt noch nicht Eigentümer, mag auch der Mitbesitz anders geartet sein.

Dagegen ist durch diese Wesensänderung des Mitbesitzers der Weg für die Verpfändung geebnet worden. Zwar nach dem Wortlaut des § 1206 müßte man annehmen, daß diese Gesetzesbestimmung auf unseren Fall nicht anwendbar ist. Denn das Gesetz fordert, daß die Sache, falls sie sich im Besitze eines Dritten befindet, nur an Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich dürfe herausgegeben werden. In unserm Falle aber ist der Frachtführer zur Herausgabe allein an den Empfänger verpflichtet.

Trotzdem ist das Pfandrecht, vorausgesetzt, daß die Einigung entweder zwischen Absender und Empfänger persönlich oder vom bevollmächtigten Frachtführer bei der Frachtbriefübergabe erklärt wird, entstanden. Der Sinn des § 1206 ist, daß eine Verpfändung dann ausgeschlossen ist, wenn der Eigentümer allein Zugang zu der Sache hat und die Sache ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers verwerten kann.

---

[95]) Seckel, Gestaltungsrechte, Festgabe für Koch S. 208 Anm. 1.

Deshalb fordert § 1206 als Mindestmaß die gemeinschaftliche Zugänglichkeit. Dieser gegenüber aber ist der Zustand, wie er bei der Versendung der Pfandsache nach Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung besteht, das plus. Ist der Empfänger allein berechtigt zum Empfang dann ist der Zweck der Vorschrift: Ausschluß der Alleinherrschaft des Eigentümers, umsomehr erreicht und der nur auf dem Anspruch auf Ablieferung an den Empfänger beruhende Mitbesitz des Absenders ist kein Hindernis. Ist also Grund der Versendung die Verpfändung der Sache, so entsteht das Recht des Empfängers schon vor körperlicher Uebergabe der Sache.

IV. Abschnitt.

Nach der Uebergabe des Gutes.

§ 12. Besitz und Eigentum nach der Uebergabe.

Die Uebergabe des Gutes an den Empfänger ist der Schlußakt der Versendung, deren Zweck mit ihr erreicht ist. Der Frachtführer überträgt den unmittelbaren Besitz auf den Empfänger, damit geht auch der bisherige mittelbare Besitz des Absenders unter, der Empfänger wird unmittelbarer Alleinbesitzer. Diese Uebergabe ist die Uebergabe im Sinne des § 433 BGB., wenn die Versendung der Realisierung eines Kaufgeschäftes dient, sie ist vor allem, wenn die Sache zum Zwecke der Uebereignung versendet wird, die Uebergabe des § 929 Abs. 1 BGB. Zwar übergibt hier nicht der Veräußerer persönlich, aber die Uebergabe durch einen Besitzmittler des Veräußerers, insbesondere einen von ihm beauftragten Frachtführer ist der Uebergabe durch den Veräußerer gleichzuachten [96]). Um den Eigentumserwerb des Empfängers zu vollenden, muß die Einigung hinzukommen, für sie gilt im ganzen das im 1. Hauptteil Bemerkte. Der Einigungsantrag kann ausdrücklich durch den Absender selbst oder durch den Frachtführer als Bevollmächtigten des Absenders erklärt sein, meistens wird er stillschweigend durch die Absendung der Sache erklärt sein. Eine Erklärung der Annahme durch den Empfänger wird sich in letzterem Falle nach § 151 BGB. meist erübrigen.

In der Uebernahme der Sache durch den Empfänger wird man nicht regelmäßig schon die Annahme des Einigungsantrages sehen dürfen. [97]) Vielmehr muß dem Erwerber das Recht vorbehalten bleiben, die Sache auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu prüfen. Daher kann man die (stillschweigende) Annahme der Einigung erst in der Genehmigung der Ware sehen. Falls der Käufer die Ware nicht ausdrücklich genehmigt, so ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften der Zeitpunkt für den Eigentumserwerb maßgebend, in dem nach § 377 II H.G.B. die Genehmigung des Käufers fingiert wird. Bemängelt er dagegen die Ware oder stellt er sie zur Verfügung, dann tritt ein Eigentumserwerb überhaupt nicht ein.

---

[96]) Wolff, Sachenrecht § 66 I, 1; Planck § 929, 2, II.

[97]) Staub, H.G.B. § 366 A. 7; Biermann, Sachenrecht § 929, 2 b; Planck, Sachenrecht § 929, 3 b; Eobecke, Recht 1919 S. 304.

V. Abschnitt.

Abweichende Ansichten.

§ 13. Darlegung und Kritik.

Die im Vorhergehenden dargelegte Ansicht setzt sich zu der in der Frage des Besitz- und Eigentumsüberganges bei Versendung herrschenden Ansicht in Widerspruch. Diese nimmt an, daß der § 435 H.G.B. nur obligatorische Rechte begründe und spricht ihm jede sachenrechtliche Wirkung ab. Demgemäß ist nach ihr der Absender bis zur Uebergabe der versandten Sache an dem Empfänger nicht nur Eigentümer, sondern auch alleiniger mittelbarer Besitzer, während der Empfänger bis zu eben diesem Zeitpunkt jedes Besitzes darbt und nur den obligatorischen Herausgabeanspruch hat. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich [98]) dabei auf die Materialien zum alten H.G.B. und behaupten, daß seitdem eine Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen in dieser Hinsicht nicht erfolgt sei, aber mit Unrecht. Zwar trifft es zu, daß die Nürnberger Kommission bei der Schaffung der §§ 402, 405 A. D. H.G.B., die in den hier interessierenden Punkten inhaltlich unverändert ins H.G.B. übergegangen sind, nur die obligatorischen Beziehungen hat regeln, für die dinglichen jedoch es bei den verschiedenen Zivilrechtssystemen belassen zu wollen. Aber letztere richten sich seit 1900 nicht mehr nach gemeinen oder preußischen Recht, sondern nach B.G.B. Und dieses hat eine große Veränderung der Sachlage hervorgerufen durch Einführung des mittelbaren Besitzes, Für diesen spielen obligatorische Verhältnisse eine große Rolle und es kann nicht zweifelhaft sein, daß dies nicht für die in § 868 B.G.B. genannten und andere Schuldverhältnisse des B.G.B., sondern auch für durch Spezialnorm geregelte Verhältnisse, wie z. B. den Frachtvertrag, gilt. War deshalb die Ansicht des Reichsgerichts in Entscheidungen 27, 85 vom Standpunkt des alten Rechts aus wohl begründet, so ist es doch nicht angängig, sich jetzt noch darauf zu berufen.

In der Frage des Eigentumserwerbs trifft die oben wiedergegebene Ansicht im Ergebnis mit der herrschenden zusammen, aber der Grund ist nicht der, daß dem § 435 H.G.B., jede sachenrechtliche Wirkung abgeht, sondern der Rechtsgrundsatz des B.G.B., daß zur Uebereignung die Einigung unter Mitbesitzern nicht genügt.

Zuerst gegen die herrschende Lehre von der sachenrechtlichen Bedeutungslosigkeit des § 435 H.G.B. ist Hellwig in seinen „Verträgen zu Gunsten Dritter" aufgetreten [99]). Er weicht auch in der Frage des Eigentumsübergangs von ihr ab. Nach seiner Ansicht wird der Empfänger im Zeitpunkt der Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung nach § 433 II alleiniger mittelbarer Besitzer und Eigentümer des Frachtguts, während der Absender, der bis dahin ebendiese Stellung innegehabt

[98]) Staub-Könige § 433, Anm. 5; Makower § 433 II b; Dür.-Hachenburg Anm. 13; Lehmann Nr. 13; Ritter Anm. 9 zu § 433; Lehmann, Lehrb. § 120 Anm. 2 S. 534; Wolff, Ehrenbergs Handb. IV, 1, S. 29; Hellmann, Krit. V. J. Schr. 44 S. 41; Kluckhohn, Verfügungen S. 67 ff.; Stintzing, Uebertragung bewegl. Sachen S. 73; R.G. 27, 86, Hamburg, Recht 1920 Nr. 1580 u. 2009.

[99]) Hellwig, Verträge S. 484 ff.

hat, nun ganz ausscheidet. Hellwig kommt zu diesem Ergebnis auf dem Wege einer Analogie zu § 870 und 931 B.G.B. Durch die Frachtbriefübergabe wird er Anspruch des Empfängers unentziehbar, das Verfügungsrecht des Absenders geht unter. Mit dem Untergang des Verfügungsrechts soll auch der des Herausgabeanspruchs verbunden sein, so daß das Recht des Empfängers ausschließlich werde. Dieser Vorgang ist nun nach Hellwig der Zession des Herausgabeanspruchs gleichzuwerten, er hat dieselben sachenrechtlichen Folgen wie die Zession, macht also den Empfänger zum unmittelbaren Besitzer, und falls er sich mit dem Absender geinigt hat, analog § 931 zum Eigentümer. Hellwig ist zu dieser Auffassung gekommen durch seine besondere Konstruktion der Frachtbriefübergabe. In dieser sieht er ein besonderes Rechtsgeschäft, eine Erklärung des Absenders, vollzogen durch den Frachtführer als bevollmächtigten Vertreter: der Empfänger solle von nun an ausschließlich berechtigt sein, diese Rechte aus dem Frachtvertrag geltend zu machen, m. a. Worten einen Verzicht des Absenders auf seine Rechte. Nach dieser Konstruktion hat die Frachtbriefübergabe allerdings mit der Zession des Herausgabeanspruchs viel Aehnlichkeit.

Diese Ansicht Hellwigs hat manche Anhänger gefunden, so v. Thur, Schröder, Gierke[100]). Auch Enneccerus[101]) tritt in anderem Zusammenhang dafür ein, daß die Verschaffung eine Herausgabeanspruchs durch Vertrag zu Gunsten Dritter der Abtretung gleichzuwerten sei.

Von den Vertretern der herrschenden Meinung wird die Hellwig'sche mit wenig stichhaltigen Gründen bekämpft. Man sagt, diese Gleichsetzung mit der Zession gehe weit über die ratio von § 931 hinaus[102]). Es komme gerade auf die Sukzession in den Anspruch an, nur diese könne die Sukzession in das dingliche Recht bezw. den mittelbaren Besitz herbeiführen[103]). Die meisten begnügen sich damit, festzustellen, daß eine Zession nicht vorliege: Der Anspruch des Empfängers sei nicht der abgetretene Anspruch des Absenders, er sei vielmehr selbständig in der Person des Empfängers begründet. Das ist unleugbar, wird auch von Hellwig gar nicht bestritten, ist aber natürlich auch nicht geeignet, dessen Ansicht zu erschüttern, daß man § 931 analog anwenden müsse.

Es sprechen aber schwerwiegendere Gründe gegen diese Ansicht. Was zunächst § 931 betrifft, so handelt es sich dort nach der richtigen Meinung um eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs. Durch § 435 H.G.B. wird aber nur ein obligatorischer Herausgabeanspruch begründet. Auf der anderen Seite könnte es sich beim Untergang des Herausgabeanspruchs des Absenders, wenn dieser tatsächlich zugleich mit dem Verfügungsrecht durch Klageerhebung unterginge, was in Wirklichkeit nicht der Fall ist, ebenfalls nur um den Untergang des obligatorischen Herausgabeanspruchs handeln. Eine solche Verschiebung in der obligatorischen Rechtslage kann wohl der Abtretung des obliga-

---

[100]) v. Tuhr, Allg. Teil I, S. 175; Krit. V. J. Schr. 43, 569; Schröder, Z.H.R. 51, S. 44; Gierke, D.P.R. II § 155 Anm. 45, § 133 Anm. 15; Leutke, Verfügungsrecht S. 44.

[101]) Enneccerus, Schuldverhältnisse, § 290 II, 2, Anm. 12.

[102]) Lehmann-Ring, § 433 Nr. 13.

[103]) Hellmann a. a. O.

torischen Anspruchs gleichgesetzt werden, nicht aber ohne zu große Vergewaltigung der Rechtsbegriffe der für § 931 zu fordernden Zession des dinglichen Anspruchs. Die analoge Anwendung des § 931 erschiene nur dann haltbar, wenn für § 931 allein die Abtretung des obligatorischen Anspruchs wesentlich wäre. Als Uebergabeersatz im Sinne des § 931 kann also die Verschaffung des obligatorischen Herausgabeanspruchs durch den Frachtvertrag als Vertrag zu Gunsten Dritter nicht angesehen werden.

Aber auch in der Beschränkung auf die Besitzfrage kann der Hellwigschen Ansicht nicht beigetreten werden. Sie setzt voraus, daß mit dem Verfügungsrecht des Absenders zugleich auch sein Anspruch auf Herausgabe an den Empfänger untergeht. Diese Ansicht ist oben schon als unzutreffend nachgewiesen worden. Sie beruht darauf, daß die Sonderart des Verfügungsrechts als Gestaltungsrechts damals, als Hellwig sein Werk verfaßte, noch nicht genügend herausgearbeitet war. Die Lehre von den Gestaltungsrechten ist erst später von Zitelmann und Seckel weiter entwickelt worden. Es ist also daran festzuhalten, daß der Untergang des Verfügungsrechts den auf dem gegenseitigen Vertrage beruhenden Herausgabeanspruch, damit aber auch den mittelbaren Besitz des Absenders nicht berührt.

Weiter ist zu bemerken, daß Voraussetzung für eine Analogie die Bedürfnisfrage ist.

Wie oben nachgewiesen, ist der Empfänger schon seit Ankunft des Gutes mittelbarer Mitbesitzer und zwar direkt auf Grund des § 868 B.G.B. Es ist daher nicht nötig, den Besitz erst auf dem Wege einer Analogie zu § 870 B.G.B. zu begründen. Ferner ist auch Hellwigs Konstruktion der Frachtbriefübergabe als eines selbständigen Rechtsgeschäfts, eines Verzichts des Absenders auf seine Rechte, die doch der Ausgangspunkt seiner Analogie ist, recht anfechtbar.

Ein Verzicht auf das Verfügungsrecht braucht nicht dem Empfänger gegenüber erklärt werden, sondern der Frachtführer selbst ist der Gestaltungsgegner, an den die Erklärung zu richten ist. Ein Verzicht des Absenders auf sein Forderungsrecht aber ist weder Bedürfnis, da ja der Empfänger ein selbständiges Recht hat, noch entspricht es dem Interesse des Absenders. Ueberdies müßte auch dieser Verzicht gegenüber dem Frachtführer als Schuldner erklärt werden. Gegenüber dem Empfänger wäre nur Zession denkbar, aber auch diese liegt nicht vor, da das Recht des Empfängers schon seit Ankunft des Gutes besteht und nicht mit dem des Absenders identisch ist. Hier anders entscheiden, hieße die alte Zessionstheorie wieder aufleben lassen.

Wir müssen gegenüber dieser Hellwigschen Konstruktion feststellen, daß das Unentziehbarwerden des Empfängerrechts einerseits, wie andererseits der Untergang des Anweisungsrechts nicht auf ein besonderes Rechtsgeschäft, das in der Frachtbriefübergabe steckt, zurückzuführen ist, sondern auf den Frachtvertrag zwischen Absender und Frachtführer, da dieser kraft positiver Gesetzesvorschrift so geartet ist, daß durch den tatsächlichen Akt der Frachtbriefübergabe der Absender seines Verfügungsrechts verlustig geht, und das Recht des Dritten, des Empfängers, unentziehbar wird.

Die Hellwigsche Konstruktion scheitert auch bei der Klageerhebung. Diese hat dieselbe Wirkung, wie die Frachtbriefübergabe, das ist aber mit der Konstruktion als Verzicht bezw. Zession nicht zu vereinen. Hellwig resigniert hier: Die Klageerhebung sei eben durch positive Gesetzesbestimmung der Frachtbriefübergabe gleichgestellt. Diese positive Bestimmung ist aber das Wesentliche, sie führt den Verlust des Verfügungsrchts herbei, ohne daß man einen Verzicht zu fingieren braucht. Nur so ist ungezwungen die Gleichheit der Wirkung von Frachtbriefübergabe und Klageerhebung zu erklären.

Kann somit der Hellwigschen Ansicht, daß der Empfänger durch Frachtbriefübergabe bezw. Klageerhebung alleiniger mittelbarer Besitzer und Eigentümer wird, nicht beigetreten werden, so muß doch gewürdigt werden, daß Hellwig als erster die Veränderung der Rechtslage, die durch das B.G.B. und sein Institut des mittelbaren Besitzes geschaffen ist, erkannt hat. Er hat das Verdienst, den Glaubenssatz der herrschenden Ansicht, daß § 435 H.G.B. nur obligatorische Wirkung habe, erschüttert zu haben.

Die u. E. richtige Ansicht, daß der Empfänger schon seit Ankunft des Gutes Mitbesitzer ist, nicht erst von der Frachtbriefübergabe an, ist ist dann zuerst von Hellhof aufgestellt worden. Er beruft sich dafür auf Hellwig, aber irriger Weise, Hellwig erwähnt davon nichts. Dieser Mitbesitz des Absenders und Empfängers seit Ankunft des Gutes läßt sich auch mit der Hellwigschen Ansicht gar nicht vereinbaren, insofern weist die Darstellung von Hellhof, der sich auf Hellwig stützt, einen logischen Fehler auf. Denn die Analogie zur Zession stützt sich darauf, daß im selben Augenblick der eine Anspruch (der des Empfängers) unentziehbar wird, der andere (der des Absenders) aber untergeht. Dieser Vorgang hat Aehnlichkeit mit einer Zession, kann also analoge Anwendung von § 870 B.G.B. nahelegen. Für die Zeit seit Ankunft des Gutes bis zur Klageerhebung bezw. Frachtbriefübergabe fehlt es an jedem Merkmal der Zessionsähnlichkeit, da beide Ansprüche nebeneinander bestehen; es ist also völlig ausgeschlossen, § 870 analog anzuwenden und sich für die Annahme von Mitbesitz des Absenders und Empfängers auf diese Stelle zu berufen.

Das Ergebnis ist freilich richtig, aber der richtige Weg zu seiner Ableitung ist, von Kipp bei Windscheid schon angedeutet, erst später näher gezeigt worden und zwar von Bruns (Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 1910). Er hat darauf hingewiesen, daß, wenn bei einem Besitzmittlungsverhältnis zu Gunsten eines Dritten der Dritte auf Grund seines Herausgabeanspruchs mittelbarer Besitzer ist, dies eine Wirkung des § 868 B.G.B. ist. Freilich die Anwendung dieser Lehre auf den Frachtvertrag macht er, wie gezeigt, dadurch unmöglich, daß er den Besitzerwerb des Dritten auf eine besondere sachenrechtliche Einigung zu seinen Gunsten zurückführt, was nicht als richtig anerkannt werden kann.

Lebenslauf.

Ich bin am 13. Februar 1903 als Sohn des Lehrers Reinhold Höher in Tillendorf, Kreis Bunzlau, geboren, besuchte zuerst die Volksschule, dann von 1913 bis 1922 das Gymnasium in Bunzlau, das ich mit Reifezeugnis verließ. Vom Sommersemester 1922 bis zum Wintersemester 1923/24 und im Wintersemester 1924/25 studierte ich in Berlin, in den Sommersemestern 1924 und 1925 in Marburg Rechtswissenschaft und Nationalökonomie. Im November 1925 bestand ich am Oberlandesgericht Cassel die erste juristische Prüfung und bin seitdem an mehreren schlesischen Gerichten als Referendar beschäftigt gewesen.

Martin Höher.